

MÁSTER EN DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



VNiVERSiDAD
D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



“EMPRENDIMIENTO Y CONCURSO DE ACREEDORES”.

LAURA GÓMEZ HERNÁNDEZ.

Trabajo de fin de máster dirigido por:

D. Rafael Lara González.

Catedrático de Derecho Mercantil.

Salamanca, 2014.



VNiVERSiDAD
D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

upna

Universidad
Pública de Navarra

Nafarroako
Unibertsitate Publikoa

“EMPRENDIMIENTO Y CONCURSO DE ACREEDORES”

Trabajo de fin de máster realizado por:

Laura Gómez Hernández.

Bajo la dirección de:

D. Rafael Lara González.

La alumna:

Vº. Bº. del tutor:

Salamanca, 2014.

Emprendimiento y concurso de acreedores:

Índice:

1. –Introducción:	7
2. -Análisis del tejido empresarial español: la necesidad de adecuar la ley a la realidad.	10
3. -Catálogo de remedios pre-concursales introducidos o modificados por la ley 14/2013 y el RDL 4/2014 de 7 de Marzo.	14

CAPÍTULO I:

ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS.

4.1. - Definición y características del acuerdo de refinanciación.	18
4.2. -La rescisión concursal	23
4.3. -El riesgo de rescisión en los acuerdos de refinanciación.	28
4.4. -Exclusión de la rescisión concursal en los acuerdos de refinanciación que cumplen los requisitos del artículo 71. Bis.: “El Escudo de Protección”	29
4.4.1.- Contenido del acuerdo:	30
4.4.2.-Otras acciones de impugnación frente a los acuerdos de refinanciación del artículo 71bis LC.	37
4.5.- La homologación judicial	38
4.5.1.-El Procedimiento para la Homologación Judicial.	38
4.5.2.-Efectos producidos por la homologación judicial del acuerdo	43
4.5.3.-Incumplimiento del acuerdo homologado judicialmente	48
4.6. Consecuencias del fracaso del acuerdo de Refinanciación	48
4.7. Responsabilidad de los acreedores por el fracaso del acuerdo de refinanciación: excepciones a la regla de no responsabilidad de los acreedores.	51

Capítulo II

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS (TÍTULO X LC).

5.1.- Qué es un acuerdo extrajudicial de pagos.	62
5.2.- Ámbito subjetivo de aplicación: Legitimación para iniciar el expediente que posibilite el acuerdo extrajudicial de pagos.	65
5.3.- El procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos: Fase inicial	72
5.3.1. La solicitud para nombrar mediador concursal.	72
5.3.2. El contenido de la solicitud	73
5.3.3. Tipos de expediente para la designación del mediador concursal.	74
5.3.4. Causas de inadmisión de la solicitud.	75
5.3.5. Nombramiento del Mediador y aceptación del cargo.	75
5.3.6. Efectos para las partes producidos por la iniciación del expediente que solicita el nombramiento del mediador concursal.	79
5.4.- El procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos: Fase negocial	81
5.4.1. Créditos afectados y créditos excluidos por el AEP.	81
5.4.2. Comprobación, existencia y cuantía de los créditos.	82
5.4.3. Convocatoria a los acreedores a reunión y comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones.	82
5.4.4. El plan de pagos: En qué consiste: Análisis comparativo con el art. 100 LC referente a la propuesta de convenio en el concurso.	84
5.4.5. El plan de viabilidad	87
5.4.6. Remisión del plan de pago a los acreedores por parte del mediador concursal: La posibilidad de presentar propuestas alternativas.	88
5.4.7. Celebración de la reunión con los acreedores:	89
5.4.8. Posibilidad de modificar las propuestas de plan de pagos o viabilidad durante la negociación con los acreedores.	92
5.4.9. Aceptación u oposición de la propuesta realizada por el mediador concursal. (En qué momento se entiende aprobado el plan de pagos. Especial referencia a las mayorías necesarias.)	93
5.4.10. Impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos.	97
5.5.- El fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos	100

5.5.1. El Concurso consecutivo: Especialidades: Artículo 242 LC _____	100
5.5.2. La fresh start: Remisión de deudas del empresario persona física _____	106
6.- Conclusiones_____	120
7.- Bibliografía y materiales utilizados: _____	130

Registro de abreviaturas:

AEP.- Acuerdo extrajudicial de pagos.

AR.- Acuerdo de refinanciación.

ART.- Artículo.

BOE.- Boletín Oficial Del Estado.

CC.- Código Civil.

CDTI.- Centro para el desarrollo tecnológico industrial.

CERSA.- Compañía Española de reafianzamiento.

CFR.- Confrontar con.

CNMC.- Comisión nacional de los mercados y la competencia.

CP.- Código Penal.

DA.- Disposición Adicional.

I+D- Investigación + Desarrollo.

IRPF- Impuesto sobre la renta de las personas físicas.

LC- Ley Concursal.

LEC- Ley de Enjuiciamiento Civil.

LMACM- Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

LSC- Ley de Sociedades de Capital.

PYME.- Pequeña y mediana empresa.

RDL.- Real Decreto Ley.

RRM.- Reglamento del Registro Mercantil.

SP.-Supuesto práctico.

SS.- Siguietes.

SS.- Siguietes.

ST.- Sentencia.

STS.- Sentencia del Tribunal Supremo.

1. –Introducción:

La situación de crisis económica que viene atravesando España en los últimos años, ha puesto de manifiesto la carencia de mecanismos que tenía nuestro ordenamiento para tratar de remover la crisis empresarial, pues a pesar de que la *ratio legis* de la Ley Concursal no es otra que alcanzar la continuidad del deudor en su actividad, lo cierto es que la realidad ha demostrado que una gran mayoría de empresas concursadas acaban con la liquidación y extinción de las mismas.

La causa de la poca efectividad de la Ley Concursal es simple, pues cuando se declara el concurso las empresas se encuentran en una situación tan compleja, de absoluto agotamiento, que resulta imposible recuperarlas y superar la insolvencia. Además el hecho de que una empresa se encuentre en concurso de acreedores supone un estigma social que acarrea altos costes reputacionales.

Así, ante estas circunstancias, el legislador ha reaccionado introduciendo en la ley una serie de mecanismos previos al concurso, extrajudiciales y negociados, donde los acreedores y deudor podrán acordar la forma más adecuada de superar la insolvencia, evitando el deudor tener que solicitar el concurso, y los acreedores poder hacer efectivos sus créditos.

El legislador comenzó a percatarse de la necesidad de arbitrar este tipo de medidas en el año 2009, por lo que introdujo una regulación *ad hoc* para los acuerdos de refinanciación, si bien, se trató de una normativa laxa y poco operativa por lo que en el año 2011 se produjo de nuevo una segunda reforma de la Ley a este respecto, tratando de incentivar este tipo de acuerdos. Sin duda fue una regulación oportuna, y el punto de partida respecto a la normativa vigente.

Ante la falta de mejora de la situación económica, el legislador en septiembre de 2013 promulga la Ley de Emprendedores 14/2013 que modifica, de nuevo, la ley concursal, (además de introducir numerosas medidas en el ámbito societario, fiscal. Etc.) desarrollando y mejorando el régimen previsto para los acuerdos de refinanciación e introduciendo un nuevo título X referente a los acuerdos extrajudiciales de pagos, dirigidos a pequeños empresarios, algo que resultaba totalmente necesario si atendemos a las características del tejido empresarial español, pues los acuerdos de refinanciación no resultan el mecanismo más adecuado para la pequeña empresa siendo mucho más

adecuados para las grandes. Si bien, como veremos la regulación establecida por el legislador no es la más adecuada.

Las modificaciones introducidas a través de la Ley de Emprendedores en la materia de acuerdos de refinanciación en la Ley concursal, han sido posteriormente modificadas a través del RDL 4/2014.

Como vemos, se trata de una regulación absolutamente cambiante, fruto muchas veces, de la introducción precipitada de medidas, sin hacer un análisis previo de la virtualidad práctica que van a tener, algo que realmente debería evitarse principalmente en un ámbito tan delicado como el concursal, donde la seguridad jurídica resulta absolutamente esencial.

Así, como podrá observarse a lo largo de este trabajo, mi pretensión no era otra que analizar detalladamente estos instrumentos pre concursales tratando de buscar sus aciertos y sus fallos, y señalando para éstos últimos las posibles soluciones por las que podía haber optado el legislador en cada caso.

Entre las razones que me motivaron a analizar este tema, debo destacar que se trata de algo absolutamente actual, novedoso, que bien regulado puede suponer en el largo plazo una sustitución del procedimiento concursal, que quedará relegado a un proceso de mera liquidación de empresas, tratándose la insolvencia del deudor a través de los mecanismos pre concursales.

Para abordar estas cuestiones he decidido estructurar este trabajo en dos capítulos cada uno de ellos dedicado a analizar los dos instrumentos pre concursales que la norma recoge, además de hacer una pequeña reflexión previa sobre el tejido empresarial español, para poder entender el por qué de muchas de las medidas adoptadas y la incongruencia de muchas otras.

Así, en el primer capítulo abordaré los acuerdos de refinanciación, instrumentos principalmente pensados para grandes empresas que se encuentran, o que puedan encontrarse en un futuro próximo en situación de insolvencia. Como veremos, se trata de acuerdos donde rige la autonomía de la voluntad de las partes, tendiendo a procurar la viabilidad o continuidad empresarial.

En este capítulo se explicarán los diferentes tipos de acuerdos de refinanciación, su función, los requisitos exigidos por la norma en cada caso y los efectos producidos por los mismos, por ejemplo, estableciendo escudos protectores que impedirán la rescisión de determinados tipos de acuerdos ante una eventual declaración de concurso, o la extensión de efectos a determinados acreedores disidentes o no firmantes del acuerdo, superando así el principio de relatividad de los contratos. También se abordará el tema del eventual incumplimiento del acuerdo y se analizará en qué situaciones puede imputarse responsabilidad a los acreedores.

Por su parte en el capítulo II se abordará el estudio de los acuerdos extrajudiciales de pagos, se trata de un instrumento pre concursal novedoso que se introdujo en la Ley Concursal a través de la Ley de Emprendedores 14/2013, como he señalado, es una herramienta para paliar la insolvencia del pequeño empresario, pues el ámbito subjetivo de acceso al acuerdo está limitado. Se trata de un mecanismo extrajudicial que trata de promover a instancia del deudor un acuerdo con los acreedores para remover la insolvencia y pagar los créditos debidos. Este mecanismo se caracteriza por la introducción de la figura del mediador concursal que será el encargado de guiar las negociaciones y de realizar determinados trámites procedimentales que la ley le ordena. A pesar de que se ha tratado de equiparar el acuerdo extrajudicial con la mediación, lo cierto es que se trata de dos instituciones totalmente diferentes como veremos a lo largo de la exposición.

Una vez analizado el procedimiento de manera detallada, veremos qué es lo que ocurre en el caso de que este mecanismo fracase, bien porque ha sido imposible alcanzar el acuerdo en la negociación, bien porque a pesar de que se ha alcanzado un acuerdo entre acreedor y deudores este no se ha cumplido en los términos previstos, o bien por la anulación del acuerdo como resultado de la impugnación del mismo. En estos casos, la ley prevé una modalidad especial de concurso, al que ha denominado concurso consecutivo.

Por último, se estudiarán los mecanismos de tutela limitativos del artículo 1911 CC que se prevén para el empresario deudor persona física. Esta ha sido, sin duda, una de las medidas más novedosas y demandadas que se ha introducido con esta reforma. Como veremos se trata de una *fresh start* limitada y muy encorsetada, que a su vez presenta deficiencias relevantes. Por lo que se analizará también la incidencia de este mecanismo

en el derecho comparado, dando pequeñas pinceladas de hacia dónde debe avanzar nuestra legislación.

2. -Análisis del tejido empresarial español: la necesidad de adecuar la ley a la realidad.

Si se observa el escenario económico y social de los últimos años en España, parece evidente que la grave crisis económica que venimos atravesando exige al poder ejecutivo y al legislativo, proponer y aprobar respectivamente, una serie de medidas, no solo coyunturales, si no también estructurales, capaces de revertir y transformar la situación tanto en el corto plazo, donde se torna evidente la necesidad de crear empleo de manera urgente, como en el largo plazo, buscando fortalecer el sistema económico y el tejido empresarial.

Tomando los últimos datos facilitados por la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana empresa, de enero de 2014, vemos que el porcentaje de pequeñas y medianas empresas (1-249 asalariados) en nuestro país es del 99.6% frente al 0.4% correspondiente a las grandes empresas (más de 250 asalariados).¹

Dentro del amplísimo porcentaje de Pymes españolas podemos señalar que de ellas un 87.8% son microempresas (1-9 asalariados); un 10.3% pequeñas empresas (10-49 asalariados) y un 1.7% medianas empresas (50-249 asalariados). Así pues, no podemos obviar el hecho de que en España la mayor parte son microempresas, en las que en numerosas ocasiones, ni siquiera se llega a constituir una sociedad de capital para responder en caso de iliquidez o insolvencia; haciendo, por ello necesario introducir una serie de medidas que protejan al empresario persona física en estos casos, limitando el principio de responsabilidad patrimonial universal y abogando por darle a ese empresario una segunda oportunidad a través de la *fresh start* como veremos a los largo de la exposición.

Si observamos los datos interanuales respecto a la creación de empresas veremos que en el último año (enero 2013 - enero 2014) la tendencia es claramente negativa, pues se ha producido un descenso del -4.00% y un incremento de la destrucción de empresas en un -10,71%.

¹ Datos facilitados por la DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIA Y LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA. Organismo dependiente del ministerio de industria energía y turismo. Consulta online:

un total de 27.800 empleos (-0.24%) siendo de nuevo el sector más maltratado el de la construcción.

A la vista de los datos expuestos, parece evidente que la nota característica del tejido empresarial español es que tenemos una estructura empresarial basada en Pequeñas y medianas empresas, que se ha agudizado, si cabe, en estos tiempos de crisis económica, y dentro de esas pymes, la figura preponderante en España es la microempresa (1-9 asalariados). Apareciendo una reducida presencia de grandes empresas en nuestro país.

Podríamos señalar que el hecho de que contemos con un tejido empresarial amplio y diverso no es un problema. Sin embargo, se detecta un estancamiento del mismo, ya que la falta de crecimiento de las empresas españolas priva al conjunto de la economía de un desarrollo rápido y sostenido, principalmente en materia de empleo e innovación.

Ante estas circunstancias, tanto el gobierno como los agentes sociales son conscientes de la necesidad de apostar por un nuevo modelo empresarial que sea más competitivo, que permita cumplir con las metas previstas en la “Estrategia Europa 2020” cuyo principal objetivo es alcanzar la salida de la crisis y hacer una Europa con una economía sostenible, fuerte, innovadora e inteligente.

Para lograrlo, es esencial hacerlo a través de las empresas como medios de desarrollo económico, de creación de empleo e innovación, apostando por un modelo más competitivo centrándonos en aspectos clave como el I+D, la formación, la capitalización y la internacionalización de empresas, aspectos que aborda precisamente la ley de emprendedores.

Para conseguir el crecimiento sostenido de estas empresas, evitando el estancamiento, podemos advertir cuatro factores esenciales que impulsarán esa creación de valor, son los siguientes:²

-El entorno: engloba una serie de factores externos que van a ser vitales para el desarrollo de la Pyme, podemos pensar aspectos institucionales, condiciones del mercado o acceso al conocimiento. Debiendo atender al nivel de renta, nivel de educación, localización, etc. de modo que la buena combinación de todos estos factores puede ser clave para el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas.

² MARTINEZ RODRIGUEZ, Santiago. 2010: “*Competitividad, innovación y empresas del alto crecimiento en España. Identificación de las necesidades de estudio*”. Observatorio PYME.

-La iniciativa emprendedora (*entrepreneurship*): debe atenderse a este factor interno poniéndolo en relación con el crecimiento empresarial. La pyme en el mercado global está sometida a constantes cambios, lo que trata de lograr la estrategia emprendedora es detectar esos cambios, preverlos y adaptarse correctamente a las exigencias del mercado. Siendo la actividad emprendedora la que posibilite la renovación del tejido empresarial.

-La obtención de recursos: el acceso a la financiación es uno de los principales problemas a los que las empresas se enfrentan actualmente, tornándose esta dificultad mas agravada si cabe, en la fase de crecimiento de las mismas. Para paliar este problema se han creado diferentes instrumentos de financiación que resultan vitales para estas empresas dándoles la oportunidad de crecer, esa financiación puede tener origen público, a través de ayudas nacionales y/o comunitarias o puede tener origen privado.

En torno a la financiación de origen privado, especial mención cabe hacer al capital riesgo (*Venture Capital*), se trata de una forma de financiación por parte de una sociedad inversora a una sociedad receptora o participada; que puede darse en diferentes fases del desarrollo de la empresa, pudiendo distinguir así distintos tipos de inversión: Capital semilla (*Seed Capital*), capital para la puesta en marcha (*start up capital*), Capital para la expansión (*expansion capital*), adquisición con apalancamiento (*management buy out/ management buy in*), capital de reestructuración (*turnaround capital*), capital de sustitución o compra secundaria (*replacement capital or secondary buy-out*).

También es necesario hacer referencia a la figura de los *business angels* o inversores de proximidad, se trata de un particular solvente desde el punto de vista financiero que aporta a título privado “capital inteligente” es decir, su capital, sus conocimientos y su red de contactos personales³. Al igual que el *venture capital*, los *business angels* también pueden invertir en diferentes fases del desarrollo de la empresa. Cabe señalar que el objetivo de estos inversores no es perpetuarse en la sociedad, si no que generalmente suelen permanecer en ella entre 3 y 5 años.

Para fomentar este tipo de inversiones la Ley 14/2013 ha introducido una serie de beneficios fiscales, estableciendo una deducción en la cuota estatal del IRPF con

³ COLOMER I ESPINET, Albert. “Los Bussiness angels, innovando en la cultura de financiación de empresas”. 2009. ipyme.org

ocasión de la inversión realizada para entrar en la sociedad, y una exención total de la plusvalía al salir de la misma, siempre y cuando se reinvierta en otra.

Por último cabe señalar, que hay una serie de entidades y sociedades públicas que se ocupan también de ofrecer financiación como por ejemplo: la Compañía Española de Reafianzamiento (CERSA), o el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI).

-Motivación: se trata de motivar al empresario y a los directivos para que la empresa siga creciendo, aquí podemos aludir a las políticas de buen gobierno corporativo.

Así, teniendo en cuenta todos estos factores, lo que debe buscarse es la creación de valor que suponga un crecimiento empresarial, tanto desde el punto de vista interno, a través de una combinación de los recursos de que dispone el empresario de una forma más eficiente que suponga un incremento de la productividad y por consiguiente de la rentabilidad de la empresa; como desde el punto de vista externo, a través de fusiones, absorciones, concentraciones o acuerdos con otras empresas.

Por último, resulta necesario hacer alusión a la internacionalización, siendo un factor de crecimiento clave en estos tiempos y que se traduce en una diversificación del riesgo⁴, la internacionalización supone una ganancia de productividad, que mejorará la gestión y ampliará las posibilidades de obtener financiación, suponiendo en definitiva un incremento de la productividad de la empresa.

3. -Catálogo de remedios pre-concursales introducidos o modificados por la ley 14/2013 y el RDL 4/2014 de 7 de Marzo.

En la Ley Concursal española, se prevén una serie de soluciones negociadas, alternativas y paliativas al concurso de acreedores o a los efectos del mismo.

La razón de ser de este tipo de acuerdos, no hay que buscarla más allá de la realidad, pues los resultados de los procesos concursales no son lo eficientes que debieran ser, bien por la normativa insuficiente e insegura o por el coste reputacional que la declaración de concurso acarrea, todo ello hace que ante una situación de insolvencia el empresario prefiera optar por soluciones negociadas en lugar de solicitar la declaración de concurso. Respecto al acreedor, cabe decir que también cuenta con escasos

⁴ Ley de apoyo a emprendedores y su internacionalización Ley 14/2013 de 28 de septiembre de 2013.

incentivos para acudir a un procedimiento de este tipo, por los altos costes que supone, no solo de tipo económico, sino también de tiempo, así como los riesgos que debe asumir, y lo complejo que se torna el procedimiento.

Dadas estas circunstancias, en España, la institución concursal no se utiliza tanto como debería, como ha sido advertido por la doctrina, “*existe una verdadera aversión al concurso*”⁵. Ante una situación de insolvencia, cualquier interesado, antes de instar al concurso, valorará los pros y los contras de su declaración, y probablemente estos pesen sobre aquellos, tratando de buscar una solución diferente al mismo.

Por ello, para dar solución a la insolvencia, se buscan mecanismos alternativos que permitan cubrir los créditos debidos, donde se da preponderancia a la autonomía de la voluntad frente al procedimiento judicializado.

Si bien, es necesario señalar también, que no se puede eludir el interés que las entidades de crédito muestran hacia este tipo de soluciones negociadas, evitando así el cumplimiento de los deberes de provisión a los que quedan sujetos por la circular 4/2004 del Banco de España en caso de que se declare el concurso.

Así, se pueden distinguir dos situaciones típicas en las que es frecuente que se lleve a cabo una solución negociada. En primer lugar, en aquellos supuestos en los que existe un número reducido de acreedores con presencia de un acreedor financiero dominante, donde el pasivo también es reducido. Y en segundo lugar aquellas situaciones caracterizadas porque el deudor cuenta con un pasivo importante, siendo acreedoras una pluralidad de entidades de crédito (situación de apalancamiento financiero).

En definitiva, podemos concluir que el procedimiento concursal se caracteriza por tres rasgos básicos: la intervención judicial, su carácter imperativo y la universalidad; por contraposición, las soluciones pre concursales se caracterizan porque no se produce, en términos generales, tal intervención judicial (carácter extrajudicial), es un pacto que deriva de la autonomía de la voluntad, y por la no universalidad, únicamente se reconoce poder de negociación a aquellos acreedores a los que el deudor haya llamado a la negociación, aunque de forma ulterior el resultado del acuerdo pueda afectar a todos ellos, si posibilita que los créditos se hagan efectivos.

⁵ GARCÍA CRUCES, José Antonio: *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Bosch. Madrid. 2013.

3.1. Evolución histórica de los remedios pre concursales.

A pesar de que la finalidad de la Ley Concursal no es otra que ofrecer a aquellos empresarios que están atravesando dificultades económicas un marco propicio para que puedan remover su insolvencia a través de un convenio con los acreedores. Lo cierto, es que la realidad demuestra, y de manera más agravada en situaciones de crisis económica, la utilidad residual del convenio, terminando la mayor parte de las empresas en concurso liquidándose, bien por las dificultades que el propio procedimiento concursal acarrea, o bien, por la situación irreparable en la que se encuentra la empresa en el momento de declarar el concurso.

En estas circunstancias, el legislador en el año 2009 (RD. 3/2009) consideró necesario arbitrar una serie de mecanismos e instrumentos que permitieran superar o aliviar la insolvencia del deudor sin necesidad de proceder a la declaración del concurso. Para ello, introdujo, como medida estrella, la DA. 4ª en la Ley Concursal cuya finalidad no sería otra que impedir la rescisión de determinados acuerdos de refinanciación, a fin de otorgar seguridad al refinanciador y que no existiera tanta reticencia a la hora de inyectar crédito a estas empresas con dificultades.

Pese a ello, la realidad puso de manifiesto que las medidas adoptadas no resultaron lo operativas que cabría esperar, pues no se produjeron apenas refinanciaciones continuando la tendencia liquidatoria de los años anteriores.

Por su parte, la DA. 4ª, fue un mecanismo escasamente empleado, y en las pocas ocasiones que se utilizó fue respecto a refinanciaciones de grandes empresas. Teniendo en cuenta que el tejido empresarial español se compone básicamente de pequeñas y medianas empresas, podemos hacernos una idea de la poca virtualidad práctica de esta medida.

Así, ante la poca operatividad de estas novedades, en el año 2011 se reformó de nuevo la Ley Concursal a fin de incentivar los acuerdos de refinanciación. Las principales medidas que se introdujeron con la ley 38/2011 fueron entre otras: la regulación jurídica del *fresh Money*, el amparo de la comunicación de negociaciones del acuerdo de refinanciación ex artículo 5 bis, la extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación adoptado en virtud de la DA. 4ª a acreedores disidentes, o la paralización de ejecuciones singulares.

Respecto al escudo protector se reguló *ad hoc* en el artículo 71.6, superándose la indebida ubicación en la DA. 4ª.

Pese a las oportunas novedades introducidas por esta ley, la fuerte crisis económica y la lenta recuperación que no arroja indicios de mejora, han supuesto que el legislador, en un intento de paliar el fracaso del procedimiento concursal haya reformado de nuevo la regulación referente a los acuerdos de refinanciación con la Ley de Emprendedores 14/2013, que de nuevo modifica la Ley Concursal. Con esta reforma, por un lado, se introduce la figura pre concursal del acuerdo extrajudicial de pagos tendente a alcanzar un acuerdo con los acreedores a través de la intervención de un mediador, y por otro, se vuelve a reformar el régimen regulatorio de los acuerdos de refinanciación. Este Régimen previsto para los acuerdos de refinanciación, aunque parezca increíble, ya ha sido derogado por la nueva modificación de la Ley Concursal que se ha llevado a cabo a través del RDL 4/2014, tratando de suprimir aquellos obstáculos legales que podían impedir o dificultar la obtención de financiación.⁶

Como vemos, la Ley Concursal en materia de institutos pre concursales se ha modificado cuatro veces en apenas cinco años, y es de esperar, que se produzcan sucesivas reforma, que en mi opinión, dada la poca efectividad que el procedimiento concursal ha demostrado, deberían tender a flexibilizar las condiciones de estos mecanismos previos al concurso e introducir otros nuevos que permitan agotar las posibilidades de negociación y remoción de la insolvencia sin necesidad de declarar el concurso, relegando la institución concursal a un procedimiento liquidatorio de aquellas empresas que no hayan podido superar las dificultades.

⁶ Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. *Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág. 33 y SS.

Capítulo I

ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS.

4.1. - Definición y características del acuerdo de refinanciación.

Si buscamos a lo largo de la Ley Concursal (en adelante LC) una definición o concepto de acuerdo de refinanciación no la encontraremos, puesto que la ley se limita a establecer los criterios o parámetros para la consecución de este tipo de acuerdos, por lo que si buscamos un encaje jurídico para los acuerdos de refinanciación podríamos afirmar que nos encontramos ante un acuerdo entre acreedor y deudor propio del 1255 CC. Cuya única limitación es la ley, la moral y el orden público.

Pueden ser negocios bilaterales o multilaterales, que tienden en todo caso a procurar la viabilidad o continuidad empresarial del deudor a fin de prevenir o evitar la insolvencia o las dificultades financieras del mismo.

En cuanto a los acuerdos de refinanciación cabe señalar, que son remedios que pueden adoptarse en un momento anterior a que se produzca la situación de insolvencia o dificultad financiera, pues el artículo 5 bis LC⁷ no prevé que el acuerdo solo pudiera darse en estado de insolvencia, o en un momento posterior, de forma alternativa al concurso. Así pues, estos acuerdos se caracterizan por su carácter preventivo o paliativo de la insolvencia. Si bien, en mi opinión, no considero que sea tanto una alternativa al concurso, como un mecanismo previo al mismo, pues del fracaso de este tipo de acuerdos generalmente deriva en la declaración de concurso.

Es cierto que el concurso es una institución con carácter necesario, ya que la ley establece de manera imperativa que en caso de insolvencia el deudor deberá solicitar su declaración. Así, podemos entender los acuerdos de refinanciación como una excepción

⁷ El artículo 5 Bis LC, modificado por el real decreto 4/2014, establece que el deudor deberá poner en conocimiento del juzgado competente para declarar el concurso el hecho de que inicie negociaciones con sus acreedores, pudiendo hacerse incluso dentro del plazo de dos meses previsto para la declaración de concurso ex artículo 5 LC (desde que conociera o debiera conocer su insolvencia), produciéndose en ese caso una paralización de las ejecuciones (*automatic stay*) durante los tres meses que se conceden para negociar, en caso de que las negociaciones no llegasen a buen puerto la ley concede el plazo de un mes más para solicitar la declaración de concurso. Siendo un plazo total de seis meses, tiempo quizá excesivamente amplio para una empresa en crisis.

a la norma, como un instrumento que posibilita al deudor o deudores⁸ superar esa situación de insolvencia en la que se encuentran, y a los acreedores,⁹ buscar propiamente la solvencia que les permita hacer efectivos sus créditos.

En cuanto al objeto o finalidad de este tipo de acuerdos, cabe decir, que deben dirigirse a conseguir un resultado final, que el deudor pueda seguir desarrollando su actividad empresarial (finalidad conservativa), pero para ello debe disponer de la solvencia necesaria para responder frente a los acreedores, pagando lo debido, (función solutoria). Es decir, se busca un equilibrio, que el acuerdo permita al deudor superar las dificultades financieras a las que se enfrenta posibilitando la continuación de la actividad empresarial y que los acreedores puedan cobrar sus créditos.

GARCÍA- CRUCES lo define de forma muy gráfica señalando que: “*se disponen los acuerdos pertinentes para conseguir un fin inmediato que permita la realización del fin último*”¹⁰

Respecto al acuerdo de refinanciación es posible extraer una serie de caracteres:

- *Pluralidad de pactos / Unidad funcional*: en el acuerdo de refinanciación se desarrollan una serie de pactos de diverso contenido y distinta naturaleza jurídica, dirigidos todos ellos a cumplir las finalidades propias de estos acuerdos.
- *Contenido negocial indeterminado basado en la autonomía de la voluntad*: el legislador no establece un contenido para este tipo de acuerdos, sino que lo deja a la autonomía de la voluntad de las partes. Podemos encontrarnos acuerdos de refinanciación de contenido diverso, generalmente consistirá en una novación de las obligaciones financieras, pactos para la obtención de liquidez (*fresh Money*),

⁸ Es posible que en el acuerdo de refinanciación ocupen la posición pasiva una pluralidad de deudores pues cabe la posibilidad de que se dé una refinanciación unitaria de un grupo de empresas, tampoco hay exigencias en cuanto a que el deudor o deudores sean persona física o jurídica.

⁹ En cuanto a los acreedores hay que señalar, que tampoco es preciso que el deudor entable negociaciones con todos y cada uno de ellos, el deudor decide a que acreedores se dirigirá, siendo habitualmente las entidades financieras los acreedores llamados, y es lógico que así sea, se negocia con ellas a fin de obtener el crédito necesario y poder refinanciar la deuda existente, si bien, nada obsta a que sean otros los acreedores llamados, pensemos por ejemplo en el caso del proveedor con el que se acuerda un aplazamiento o un fraccionamiento del pago; o incluso en el caso de una administración pública, exigiéndose ciertas garantías y particularidades como veremos a lo largo de la exposición.

¹⁰ GARCÍA CRUCES, José Antonio: *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Bosch. Barcelona. 2013.

pactos de garantías, etc. recordando siempre que nada obsta a que los pactos tengan un carácter diferente, siendo el contenido abierto y flexible sometido a la voluntad de las partes.

- *Clase de crédito:* respecto a estos acuerdos, cabe señalar, que son adecuados para cualquier tipo de crédito, independientemente de que se encuentre o no sometido a título ejecutivo o a algún tipo de garantía, de que sea dinerario o no dinerario, o la calificación que merezca en caso de que sea declarado el concurso, resulta indiferente respecto al acuerdo.
- *Concesión de facultades de vigilancia a los acreedores:* los acreedores podrán comprobar en cualquier momento que el pacto se está ejecutando correctamente y que el deudor está cumpliendo con sus obligaciones de la manera esperada.
- *La buena fe debe presidir las negociaciones:* el deudor deberá evitar actos extraordinarios que pudieran frustrar el buen fin del acuerdo, por su parte los acreedores no deben realizar actos que mejoren su situación particular frente al deudor.
- *La capacidad de obrar del deudor:* no se verá limitada con la celebración del acuerdo, si bien, y de forma unida al principio de buena fe, deberá valorar las consecuencias que el acuerdo tendrá para su patrimonio y la viabilidad del mismo. Además una vez celebrado, deberá actuar de manera diligente respecto al desarrollo de su actividad, conservando la masa activa. Haciendo únicamente efectivos aquellos actos de disposición que resulten imprescindibles para la continuación de su actividad y respetando el principio par condicio creditorum.
- *La doble tutela del acuerdo de refinanciación:* Respecto a los efectos que el acuerdo despliega, cabe señalar que por un lado supondrá la suspensión del

deber del deudor de instar al concurso ante la situación de insolvencia evitando la presunción de culpabilidad del artículo 165.1 LC.¹¹

Así, resumiendo, tal como señala AZNAR GINER se trata de “*un instrumento que facilita la viabilidad y continuidad de la empresa, y que con los ingresos que genere se posibilite el pago total o parcial de la deuda.*”¹²

Respecto a los tipos de acuerdos de refinanciación, señalar que pueden distinguirse básicamente dos tipos:

Por un lado, estarían los *acuerdos de refinanciación atípicos* que Surgen de la autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 CC. Las partes serán las que determinen el contenido y alcance del acuerdo que no deberá adecuarse a requisitos tasados en la ley. Esta libertad lleva aparejada una ausencia de escudos protectores, por lo que en caso de declararse el concurso de acreedores, estos acuerdos corren el riesgo de ser rescindidos.

Por otro lado, junto a este primer tipo de acuerdos, debemos referirnos a los *acuerdos de refinanciación típicos* que deberán cumplir unas exigencias previstas por la ley.

Dentro de los acuerdos de refinanciación típicos, a su vez podemos distinguir dos subtipos:

El primer subtipo de acuerdos típicos son aquellos que vamos a denominar *acuerdos de refinanciación ordinarios* que recoge el artículo 71.1 bis LC. En este caso se exige el cumplimiento de una serie de requisitos formales para su constitución: quórum, forma y un contenido material mínimo. El cumplimiento de estas exigencias va a impedir que ante la eventual declaración de concurso estos acuerdos puedan rescindirse, gozando, como veremos de un “escudo protector”.

¹¹ Artículo 165. Presunciones de dolo o culpa grave.

Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. [...]

¹² AZNAR GINER, Eduardo. *Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

Dentro de este tipo de acuerdos merece especial mención el *Fresh Money*: Se trata de un acuerdo de refinanciación que cumple con los requisitos previstos en el artículo 71.1 Bis LC y que debe necesariamente ir acompañado de nuevos ingresos de tesorería en favor del deudor, gozando estos créditos derivados de la refinanciación de una especial protección en caso de el acuerdo fracasara y se declarara el concurso, pues la totalidad del crédito tendrá la consideración de crédito contra la masa.¹³

El segundo subtipo lo conforman los *acuerdos de refinanciación especiales* a los que se refiere el artículo 71 bis de la Ley Concursal en su apartado segundo. Son acuerdos para los que a pesar de no cumplir los requisitos exigidos por el apartado primero, si concurren acumulativamente las circunstancias tasadas en la norma, se extenderá la protección.

Por último, es necesario diferenciar entre los acuerdos de refinanciación homologados y los no homologados judicialmente. La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación se recoge en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal que señala que aquellos acuerdos que cumplan los requisitos previstos en la misma gozarán de una tutela específica y desplegarán una serie de efectos relevantes, que como veremos, podrán incluso afectar a los acreedores disidentes o no firmantes.

¹³ Antes de la modificación introducida por el RDL 4/2014 de 7 de Marzo, en el caso del fresh Money, en caso de declaración de concurso derivado del fracaso del acuerdo de refinanciación, el 50% del crédito tenía la consideración de privilegiado y el 50% restante de crédito contra la masa.

4.2. -La rescisión concursal.^{14 15}

La rescisión Concursal se recoge en el título III Capítulo IV de la LC, en los artículos 71 y SS como solución a los efectos perjudiciales que determinados actos van a proyectar sobre la masa activa.

La rescisión nace con la declaración de concurso y solo puede ejercitarse durante la vigencia del mismo, pudiendo dejar sin eficacia aquellos negocios jurídicos celebrados en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Estos negocios que se van a rescindir, en el momento de su celebración fueron actos perfectamente válidos, concurriendo los elementos del 1261 CC¹⁶, no contrariando ninguna norma de carácter imperativo o prohibitivo ni incurriendo en ningún tipo de vicio que pudiera conllevar la nulidad o anulabilidad del mismo.

El fundamento de la rescisión, recae en la necesidad de declarar ineficaces esos actos porque se entiende que suponen un perjuicio para la masa activa, y por consiguiente, como veremos, para los acreedores afectados por el concurso.

La ineficacia de esos negocios jurídicos, que sean rescindibles y que se hayan celebrado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, supondrá para las partes la obligación de la reintegración recíproca de las prestaciones objeto de ese negocio, además, de los frutos e intereses que se hubieran podido generar. Si bien, no afectará a terceros de buena fe por cuya actuación diligente se haya incrementado el valor del bien objeto del negocio.

Así, tras dar una serie de ideas básicas en torno a la rescisión concursal, es necesario desgajar esta figura jurídica, compleja en algunos aspectos y que cuenta con una

¹⁴ Confróntese con: SANCHO GARGALLO, Ignacio: *“La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración”*. Ministerio de Justicia. Consulta online:

www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816992%3Fblobheader%3Dapplication%252Fpdf%26blobheadername%3DContent-Disposition%26blobheadervalue%3Dattachment%253B%2Bfilename%253DPonencia_de_Ignacio_Sancho_Gargallo.PDF+%3D1&hl=es&ct=clnk&gl=es

¹⁵ Confróntese con: SEBASTIAN QUETGLAS, Rafael: *Homenaje al Profesor Iglesias Prada: “Efectos de la rescisión en la Ley Concursal”*. Uría Menéndez. 2011.

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3189/documento/art05.pdf?id=3334>

¹⁶ Concurriendo consentimiento de las partes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa.

regulación parca y poco clara, por lo que trataré de arrojar luz sobre algunos aspectos de la misma con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues a mi entender, esta figura es la clave para que un procedimiento concursal pueda tener éxito o por el contrario fracasar.

Para comenzar es necesario distinguir diferentes situaciones. Podríamos pensar en una rescisión o reintegración absoluta, en la que todos y cada uno de los actos de disposición o dominio celebrados por el deudor en el periodo previsto fueran anulados, trayendo así a la masa activa los bienes que hubieran salido del patrimonio del deudor. El problema es que este sistema resultaría excesivamente gravoso y generaría inseguridad jurídica, anulando todos los actos independientemente de la buena o mala fe de las partes.

Ahora bien, si por el contrario acotamos el conjunto de actos rescindibles, por ejemplo, a los negocios jurídicos que se celebren a título gratuito o a los negocios garantizados, aunque resolveríamos el problema anteriormente planteado y sería un sistema que otorgaría seguridad jurídica a los acreedores y a la contraparte del negocio jurídico, supondría una carga importante, pues en cada caso habría que probar el perjuicio patrimonial para la masa activa.

Para superar esta situación, la ley concursal en los artículos 71 y SS recoge la posibilidad de rescindir *los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.*¹⁷ Además establece una serie de presunciones que aminoran la carga probatoria del perjuicio, que unas veces serán *iuris tantum* y otras *iuris et de iure*.

Si bien, y porque así lo establece la ley, no será necesario en ningún caso probar que el deudor tenía una intención fraudulenta al realizar el negocio y tampoco el fraude de acreedores o *consilium fraudis*.

Llegados a este punto, cabe plantear qué debemos entender por “*perjuicio para la masa activa*”. Si realizamos una interpretación literal de la norma, podríamos pensar que el perjuicio patrimonial deriva exclusivamente de aquella situación en la que el deudor celebra un determinado acto que supone una minoración de su patrimonio. Si bien, los

¹⁷ Artículo 71 LC. Apartado 1: *Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*

tribunales han considerado oportuno realizar una interpretación más laxa que la estrictamente literal de la norma, a fin de dar una mayor protección a los acreedores. Postura que comparto y considero necesaria pues, pueden darse supuestos en los que no se aprecie una disminución patrimonial como tal, pero sí se produzca una alteración de la *par conditio creditorum*, es decir, del principio de paridad de trato a los acreedores.

Ahora bien, resultaría erróneo equiparar o extender la idea de perjuicio para la masa activa con cualquier alteración de la *par conditio*, ya que entonces cualquier acto de disposición realizado en ese periodo de dos años devendría ineficaz, de modo que será necesario atender a las circunstancias concretas de cada caso.

Para poder concretar más aún, debemos atender a los apartados 2,3 y 4 del artículo 71. El artículo 71 en su párrafo segundo establece una serie de presunciones *iuris et de iure* que acercan un poco más a la noción de perjuicio patrimonial, pues el perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario en el caso de actos de disposición a título gratuito (salvo las liberalidades de uso) y los actos que den lugar a la extinción de la obligación y que se produzcan con posterioridad a la declaración de concurso.

Por su parte, el párrafo tercero, lo que hace es establecer una serie de presunciones *iuris tantum*, entendiendo que media o existe perjuicio patrimonial en los siguientes casos:

- En los actos de disposición a título oneroso que el concursado realice a favor de alguna persona que guarde especial relación con él.
- Cuando se hubieren constituido garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
- Para los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

Por último, el 71.4 establece que fuera de los actos previstos en los artículos anteriores y de la previsión que la ley hace respecto a ellos, en el resto de supuestos la carga de la prueba recaerá sobre el perjudicado, que será quien ejercite la acción rescisoria.

En palabras del Tribunal Supremo tal como recoge en la sentencia de 26 de Octubre de 2012 el perjuicio para la masa activa, “*puede entenderse como sacrificio patrimonial*

injustificado, en cuanto a que tiene que suponer una aminoración del valor del activo, sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (artículo 76 LC) y además, debe carecer de justificación.

*La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa”.*¹⁸

En cuanto a los efectos de la rescisión hay necesariamente que atender al artículo 73, y hacer una diferenciación entre acreedor de buena fe y acreedor de mala fe, pues los efectos serán diferentes en uno y otro caso.

Del artículo 73.1 LC se extrae que en el caso de que el deudor sea de buena fe y se estime la ineficacia del acto rescindido deberá producirse una restitución de las prestaciones, y además, de los frutos e intereses debidos. Así, se sitúa al deudor en la misma posición que se encontraba previamente a la celebración del acto de disposición.

Cabe señalar, que los efectos derivados del ejercicio de la rescisión pueden suponer que se generen una serie de gastos o un menoscabo en el patrimonio de la contraparte en el contrato rescindido, la ley concursal nada señala al respecto, si bien, de la aplicación de los artículos 451 y siguientes del Código Civil se deriva que deberán reembolsarse los gastos y útiles al acreedor, excepto los gastos de ornato o recreo que no serán reembolsables, pero podrán retirarse si no se causa un menoscabo al bien en cuestión.

También es necesario plantear, que puede ocurrir que el comprador como consecuencia de su diligente actuación haya conseguido que el valor del bien adquirido, que ahora es objeto de rescisión, se haya incrementado. En este caso, si aplicamos la solución

¹⁸ Sentencia Tribunal supremo de 26 de octubre de 2012. Roj: 629/2012.

prevista en el artículo 73.1 LC el concursado traslada el perjuicio a la contraparte, ya que previsiblemente recibirá una cantidad inferior a lo que realmente vale el bien.

Es necesario, por tanto, una solución que contemple las mejoras o gastos útiles que diligentemente se hicieron y que generaron un incremento de valor del bien. Para ello, el CC prevé el derecho de retención del bien, que puede ejercitar el acreedor de buena fe oponiéndose a entregar el bien objeto de rescisión a menos que se le restituyan las cantidades debidas.

Por el contrario, cuando el acreedor actúe de mala fe, el régimen jurídico de la reintegración sufre algunas modificaciones en cuanto al tratamiento del crédito. El acreedor incurrirá en mala fe cuando en el momento de realizar el negocio jurídico sabía o no podía ignorar que estaba produciéndose un perjuicio patrimonial para la masa activa, comprometiendo, aún más si cabe, la posición del deudor y por ende la del resto de acreedores.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de Diciembre de 2012, haciendo alusión a anteriores interpretaciones del tribunal en las sentencias 528/2010 y 662/2010, señala respecto a la mala fe que: *“La mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo “no requiere intención de dañar” sino “la conciencia de que se afecta negativamente –perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos”, y “se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico.”*¹⁹

En cuanto a los efectos que la mala fe produce, cabe señalar que el crédito se calificará como crédito subordinado ex artículo 92.6 LC., esto es, que el acreedor de mala fe no goza del derecho a que se restituya la prestación debida en el momento en que él entrega el bien o cantidad objeto de reintegración. No se restituyen las prestaciones de manera simultánea ni podrá ejercitar el derecho de retención, además, dada su naturaleza, hay que recordar la dificultad para hacer efectivos los créditos subordinados.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012. Roj: 723/2012.

Por último, hacer alusión a aquellos supuestos en los que resulta imposible la restitución de la prestación por parte del acreedor bien, porque hubiera transmitido el bien a un tercero no demandado o que gozase de protección registral, (ante estas circunstancias, el 73.2 LC prevé que si la actuación hubiera sido de buena fe, se procederá a la restitución por equivalente, tomando en cuenta el valor del bien cuando salió del patrimonio del deudor concursado más es interés legal pertinente). O bien, si por su parte, el acreedor transmitió el bien mediando mala fe, deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa.

También hay casos en los que la restitución de las prestaciones deviene imposible, por causas distintas a que el bien se haya transmitido a un tercero, en estos casos, resultarán de aplicación las normas generales recogidas en el CC.

4.3. -El riesgo de rescisión en los acuerdos de refinanciación.

Es necesario partir de la premisa de que no todo acuerdo de refinanciación, por el simple hecho de serlo, en caso de que se frustre su viabilidad y se declare el concurso va a ser rescindido, sino que como anteriormente se ha indicado, habrá que atender al hecho de que ese acuerdo de refinanciación contenga operaciones u actos de disposición que lo hicieran rescindible.

Como es sabido, la finalidad de la rescisión concursal es reintegrar o recomponer el patrimonio del deudor, trayendo los bienes o derechos que hubieran salido del patrimonio del mismo en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin justificación y que causaran un perjuicio patrimonial para la masa activa.

Así pues, no todo acuerdo entre el deudor y los acreedores que suponga una refinanciación de la deuda debería ser *per se* rescindible. Si bien, es cierto, que la mayoría de acuerdos de este tipo contienen actos que en sentido estricto harían que operara la rescisión en caso de declararse el concurso, pero se trata de un negocio jurídico complejo que debe ser contemplado de forma global, pues todos los elementos que lo componen se encuentran interrelacionados, para determinar si concurre o no, el perjuicio patrimonial injustificado que viene exigido por la rescisión.

Así, imaginemos que se constituyen una serie de garantías para asegurar la nueva obligación, si hacemos una valoración aislada de la misma, podría verse afectada por la

presunción *iuris tantum* del artículo 71.3 LC, si bien, si valoramos en conjunto, y tenemos en cuenta que la finalidad del acuerdo de refinanciación no es otra que intentar lograr la viabilidad de la empresa y la superación de la situación de crisis empresarial, parece que la constitución de esa garantía está más que justificada.

Procediendo a un análisis global veremos si carece o no de justificación, además habrá que tener en cuenta las circunstancias que llevaron al deudor a proceder a la refinanciación en el momento del acuerdo, no en un momento posterior, cuando ya es evidente que el acuerdo ha fracasado y se ha declarado el concurso. Habrá que ver si el deudor tenía otra alternativa u opción, Además de atender a la expectativa que el acuerdo de refinanciación generaba para superar la situación de crisis y que los acreedores pudieran cobrar sus créditos.

Así pues, a la vista de todo ello, los acuerdos de refinanciación merecen un tratamiento legal especial, que los proteja, y de ello se ocupa la LC en el artículo 71 Bis, que protegerá a aquellos acuerdos que *a priori*, de forma estricta pudieran ser rescindibles, pero dado que existe un interés superior digno de protección merecen ser amparados.

4.4. -Exclusión de la rescisión concursal en los acuerdos de refinanciación que cumplen los requisitos del artículo 71. Bis.: “El Escudo de Protección”:

Tomando en consideración la modificación legislativa introducida por el RDL 4/2014 de 7 de Marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, en primer lugar, cabe señalar que la regulación referente a la rescindibilidad de los acuerdos de refinanciación pasó de estar regulado en el artículo 71.6 LC relativo a las acciones de reintegración, a dar un tratamiento separado en el artículo 71 Bis para los acuerdos de refinanciación.

Este artículo en su párrafo primero recoge una serie de elementos o requisitos formales y materiales que impiden, en el caso de que concurran en el acuerdo de refinanciación, la rescisión del mismo, independientemente de que se cumplan los requisitos anteriormente expuestos que harían que cualquier otro acto de disposición, en iguales circunstancias, fuera objeto de rescisión.

Estos acuerdos del artículo 71.1 Bis pueden denominarse como acuerdos de refinanciación ordinarios, por contraposición, los acuerdos recogidos en el párrafo segundo serán denominados acuerdos de refinanciación de carácter especial.

4.4.1.- Contenido del acuerdo:

4.4.1.1.- Los acuerdos de refinanciación ordinarios 71.1 bis LC:

Los acuerdos que cumplan los requisitos señalados en el apartado primero del artículo 71 bis LC, podemos decir, que se encuentran blindados ante la rescisión en caso de declararse el concurso, desplegándose así el amparo del “escudo protector”.

El artículo 5 bis LC prevé respecto a este tipo de acuerdos que el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones con los acreedores. Esta comunicación de negociaciones deberá realizarse en cualquier momento dentro del plazo de dos meses desde que el deudor conoció o debió conocer su situación de insolvencia. Con esta declaración se suspende la obligación de solicitar la declaración de concurso voluntario que recae sobre el deudor *ex* artículo 5 LC. A partir del momento de la comunicación se abre un plazo de tres meses para poder negociar y alcanzar el acuerdo. En ese lapso temporal, hasta que se alcance el acuerdo de refinanciación, el 5 bis LC a partir del RDL 4/2014 introduce una medida realmente importante y reiteradamente reclamada por los operadores jurídicos que no es otra que la paralización o suspensión de las ejecuciones singulares que afecten a bienes precisos para la continuación de la actividad profesional (*automatic stay*) quedando en todo caso excluidos los créditos de derecho público.

Esta medida estaba prevista en la ley para los acuerdos extrajudiciales de pagos pero no para los acuerdos de refinanciación.

Se trata de una cuestión clave para el éxito o el fracaso del acuerdo, pues resultaba realmente dificultoso alcanzar un acuerdo de refinanciación mientras las ejecuciones singulares seguían produciéndose. La suspensión se producirá con resolución del secretario judicial que de constancia de la comunicación.

Respecto a los acreedores con garantía real, cabe señalar que podrán ejercitar la garantía real de la que son titulares frente a los bienes o derechos sobre los que recaiga la garantía, si bien, se paralizarán hasta que transcurran los plazos previstos.

En el caso de que transcurran los tres meses previstos y no se haya alcanzado un acuerdo, el deudor deberá dentro del mes hábil siguiente solicitar la declaración de concurso, salvo que hubiera superado por cualquier causa la situación de insolvencia.

En caso de no hacerlo, cualquier acreedor podrá solicitar el concurso necesario, también dejará de estar en vigor la protección que el artículo 5 bis LC le otorga al deudor, reanudándose las ejecuciones que se encontraban suspendidas y pudiendo iniciarse nuevas ejecuciones sobre bienes esenciales para la continuidad de la actividad empresarial. Y además, como veremos más adelante, podría calificarse, si procediera, el concurso como culpable.

El artículo 71.1 Bis LC señala que *“no serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando: En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo”*²⁰ y que además cumplan con los requisitos objetivos previstos en el mismo. De la interpretación literal de este artículo, se extrae la idea de que en términos generales y analizando el acuerdo de forma global, éste debe llevarnos a un intento de reordenación del pasivo y de ampliación del crédito de que el deudor dispone.

Por tanto, respecto al contenido del acuerdo de refinanciación, la ley señala que debe consistir, bien, en una ampliación significativa del crédito disponible, en una modificación de las obligaciones del deudor mediante prórroga de su plazo de vencimiento, o bien, en una modificación de las obligaciones del deudor mediante la sustitución de la obligación anterior en virtud del plan de viabilidad.²¹

²⁰ Artículo 71 Bis RDL 4/2014 por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

²¹ El acuerdo de refinanciación debe responder siempre y en todo caso a un plan de viabilidad previamente elaborado que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

Como elementos objetivos necesarios para que proceda el blindaje de este tipo de acuerdos la ley establece tres exigencias adicionales a la finalidad propia del acuerdo, debiendo concurrir las siguientes circunstancias:²²

- En primer lugar, el acuerdo ha de ser suscrito por los acreedores cuyos créditos representen, en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación, al menos, tres quintos del pasivo del deudor²³. En cuanto a esta primera exigencia, cabe señalar que el pasivo a computar será el resultante de la reordenación patrimonial derivada del acuerdo de refinanciación, teniendo siempre en cuenta el límite temporal que la norma establece, que será la fecha de adopción del acuerdo, evidentemente previa a que éste sea elevado a público. También a este respecto hay que apuntar que es indiferente la calificación que esos créditos recibirían en caso de declararse el concurso, pues hay que recordar que nos encontramos en una fase previa al mismo, además es posible y muy probable que algunos de los acreedores que suscriban el acuerdo no financien propiamente, sino que se limiten a suscribirlo. Y además al no establecer la ley un número mínimo de acreedores que deban suscribirlo, sino un porcentaje, es perfectamente loable que se produzca un acuerdo de refinanciación suscrito únicamente por el principal acreedor²⁴, siempre que la cantidad debida alcance a los tres quintos previstos por la ley.

En el caso de los grupos de sociedades, la ley establece una previsión específica, requiriendo que el porcentaje previsto concorra respecto a cada una de las

²² Algunos autores como Juana Pulgar Ezquerra denominan estos requisitos objetivos como “Garantías condicionantes de la protección” (PULGAR EZQUERRA, Juana. *“Preconcurso y acuerdos de refinanciación”*. Adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de Octubre, de reforma de la Ley Concursal. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2012).

²³ Previsión para acuerdos sin homologación judicial, en el caso de los acuerdos homologados a partir del 51% y hasta el 75% del pasivo financiero.

²⁴ Ha existido discusión doctrinal respecto a la idea de que un solo acreedor mayoritario pueda suscribir con el deudor un acuerdo de refinanciación al margen del resto de acreedores. por ejemplo, Carlos Pavón Neira (PAVÓN NEIRA, Carlos. “Institutos concursales y refinanciación de deuda”. Bosch. 2013) señala: “La previsión legal alude a acreedores, en plural, en cuanto a quienes deben reunir, al menos, los tres quintos del pasivo, por lo que una interpretación literal del precepto permitiría excluir la posibilidad de que un acreedor singular relevante suscribiera tales acuerdos de refinanciación del deudor al margen del resto de acreedores.” Ahora bien, la doctrina mayoritaria entiende que al señalar la norma un porcentaje y no un número mínimo de acreedores que deban suscribirlo, cabe la posibilidad de un acuerdo de refinanciación con un solo acreedor siempre que alcance el porcentaje del pasivo previsto en la ley. Si bien, es necesario señalar que con la aprobación del RDL 4/2014 esta discusión no da lugar pues a pesar de que no se cumplan las mayorías legalmente exigidas el acuerdo de refinanciación puede protegerse si cumple con los requisitos señalados en el artículo 71 bis LC.

sociedades cuyas obligaciones se integren en el acuerdo individualmente consideradas, así como, en el grupo o subgrupo afectado.²⁵

- En segundo lugar, la ley exige una certificación del auditor de cuentas del deudor que versará exclusivamente sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo, suprimiendo la necesidad de nombramiento del experto independiente (antiguo artículo 71 Bis LC introducido por la ley 14/2013) así como la emisión de un informe favorable del mismo que atendiera a la suficiente información suministrada, y a la viabilidad razonable y realizable del plan. La sustitución de este requisito por la certificación del auditor²⁶, se ha hecho pensando en buena parte, en los costes adicionales que suponía sobre la refinanciación el nombramiento de este experto independiente, si bien, ejercía un control, otorgándoles el beneficio del escudo protector a este tipo de acuerdos, por esta razón no parece muy justificada la supresión de esta figura, si bien, el legislador en el apartado 4 del artículo 71 Bis LC establece que las partes podrán acordar el nombramiento de experto independiente, de forma voluntaria para que se sume a la certificación del auditor.

De no existir auditor, su nombramiento le corresponde al registrador mercantil del domicilio del deudor, al igual que ocurría y sigue ocurriendo, eso sí, ahora de manera “facultativa”, respecto al experto independiente. Y señalo, facultativa de forma entrecomillada pues, a tenor de algunos artículos de la LC resulta preceptivo el informe de experto independiente para obtener determinados efectos o resultados. Así por ejemplo, el artículo 165 LC establece una serie de presunciones *iuris tantum* para la declaración del concurso culpable, señalando en su apartado cuarto lo siguiente:

²⁵ SP: Respecto a los grupos de sociedades pensemos en el siguiente supuesto práctico, existen cuatro sociedades una matriz y tres filiales, las filiales desarrollan su actividad de manera independiente de la matriz, siendo esta una sociedad patrimonial.

Las filiales en el ejercicio de su actividad se vinculan por una serie de obligaciones propias del desarrollo del mismo, por su parte la matriz contrae obligaciones relativas a la financiación del grupo, práctica habitual, dado que las condiciones de financiación serán indudablemente mejores si se consiguen para un grupo de empresas que para una individualmente considerada. Si bien, si las filiales han contraído en el ejercicio de su actividad sus propias obligaciones, y el acuerdo de refinanciación que pretende alcanzarse afecta a todo el grupo, la suscripción de acreedores a la que alude el 71 Bis habrá de concurrir tanto respecto a cada una de las filiales como de la matriz, individualmente consideradas, y del conjunto del grupo.

²⁶ En el caso de los grupos o subgrupos de empresas, le corresponderá esta labor al auditor de la sociedad matriz o sociedad dominante.

“Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:[...]

4.º cuando Se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos” a la vista de esta exigencia, parece no ser tan voluntario el informe, pues el hecho de que exista tal informe y el sentido del mismo puede hacer que se presuma o no la calificación culpable del concurso.

Algo similar ocurre respecto a los acuerdos de refinanciación con homologación judicial, pues para que surtan determinados efectos requerirán también la concurrencia del informe favorable del experto independiente, por ejemplo, para gozar de la exención del régimen de oferta pública de adquisición de valores sin necesitar de solicitar autorización de la CNMC.²⁷

Si bien, podemos preguntarnos que si se ha suprimido el filtro del informe favorable del experto independiente respecto al plan de viabilidad razonable y realizable cómo se va a controlar y por quién, a este respecto cabe señalar que cuando un acuerdo de refinanciación cumpla los requisitos establecidos en el artículo 71 Bis LC gozará de protección sin necesidad de un pronunciamiento favorable ulterior, salvo en el supuesto de que se declare el concurso, y la administración concursal ejercite la acción de rescisión, en cuyo caso, deberán demostrar que no se han cumplido los requisitos exigidos por el artículo 71 Bis LC.

²⁷ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. “Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal” (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo). Diario La Ley, Nº 8271, Sección Doctrina, Editorial LA LEY. Marzo de 2014.

-El último requisito objetivo que se requiere para el blindaje del acuerdo de refinanciación, es su formalización en instrumento público tal y como exige el artículo 71.1 Bis LC en su apartado tercero. Siendo necesario cumplir con los requisitos anteriormente expuestos y aportar la documentación que resulte pertinente para ello. Para el cálculo de los honorarios notariales, la disposición adicional quinta de la ley establece que se aplicarán los aranceles correspondientes a los “documentos sin cuantía”.

4.4.1.2.-Los acuerdos de refinanciación especiales.

Por contraposición a estos acuerdos de refinanciación que recoge el apartado primero del artículo 71 bis LC, el párrafo segundo hace alusión a otros acuerdos de refinanciación a los que vamos a denominar especiales o de puerto seguro, para los que a pesar de no cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 71.1 bis LC se les extiende la protección, siempre y cuando cumplan con las exigencias que la norma impone.

La idea de la que se debe partir es que este tipo de acuerdos de refinanciación especiales no van a requerir de mayorías legales, a diferencia de lo que ocurre con el los acuerdos ordinarios, para disfrutar de la exclusión de la rescisión, siempre y cuando sea de manera individual o conjunta, concurren todas las condiciones recogidas en el apartado segundo del artículo 71 bis LC que vienen a ser las siguientes:

- a) Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa. Pensemos por ejemplo en una dación en pago.*
- b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.*
- c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la disposición adicional cuarta.*

d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.

e) Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores²⁸. (Como puede apreciarse los requisitos para la elevación a público son más exhaustivos que los previstos para los acuerdos de refinanciación que cumplan los requisitos del artículo 71.1 Bis LC.)

Esta medida del puerto seguro ha sido en gran parte aplaudida por la doctrina, pues se considera una medida favorable para mantener y no destruir mas tejido empresarial en los próximos años en los que las dificultades económicas seguirán mostrando su cara más adversa.

Sin embargo, en mi opinión, este apartado segundo del artículo 71 bis LC, no es más que una redundancia legislativa, pues como anteriormente se ha explicado, la rescisión concursal no va a operar *ipso iure*, de manera automática, si no que el acuerdo o acto de disposición objeto de rescisión deberá suponer un perjuicio patrimonial injustificado o una alteración de la *par conditio creditorum*. Así pues, si analizamos las exigencias o condiciones que la norma impone en el 71.2 LC parece que tales acuerdos a los que hace referencia no encajarían *per se* en las exigencias de la rescisión, por lo que de no existir este precepto que protege a esos acuerdos en todo caso e independientemente del número de acreedores que suscriban el acuerdo, esos acuerdos no quedarían sujetos a la eficacia de la rescisión concursal.

Por tanto, a pesar de que la intención del legislador sea buena, en tanto que trata de proteger el tejido empresarial y de articular mecanismos para que las empresas en crisis, que siendo operativamente viables puedan salir adelante a pesar de las dificultades financieras que atraviesan, quizá no lo ha hecho de la mejor manera posible. Ya que, por ejemplo, hubiera sido mucho más coherente suprimir o flexibilizar los requisitos del

²⁸ Artículo 71.2 Bis RDL 4/2014 por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

apartado primero, y en particular el referente a las mayorías legalmente exigidas para aquellos acuerdos de refinanciación que no alcanzándolas si pudieran ser rescindibles.

4.4.2.-Otras acciones de impugnación frente a los acuerdos de refinanciación del artículo 71bis LC.

En cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria, el apartado segundo del artículo 72 LC legitima únicamente a la administración concursal, y añade que podrá además ejercitar otras acciones de impugnación que se puedan plantear frente a los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis LC. Si bien, cabe preguntarse qué debemos entender por “*otras acciones*”, a qué tipo de acciones se está refiriendo el legislador. Pues bien, lo que debe interpretarse es que los actos de disposición llevados a cabo en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación no podrán ser rescindidos, sin embargo, esto no obsta para que no puedan ejercitarse todas las demás acciones arbitradas por el ordenamiento jurídico.

El ejercicio de las mismas le corresponderá a la administración concursal, tal y como señala el artículo 72.2 LC se trata de una legitimación exclusiva, no dando lugar a la legitimación subsidiaria de acreedores o interesados que se prevé en el párrafo primero del citado artículo. Este tipo de acciones se tramitarán a través de un incidente concursal.²⁹

Así, por ejemplo, nada impide que frente a un acto en cuestión se ejercite una acción de nulidad, por ejemplo en razón a la nulidad de la causa, o la acción pauliana, siempre atendiendo a los requisitos legales previstos en la pertinente norma.

²⁹ Se trata de un proceso declarativo especial competencia del juez que conozca del concurso, cuenta con sustantividad propia y como regla general no produce un efecto suspensivo del concurso.

4.5.- La homologación judicial: ^{30 31 32 33}

A la vista de las numerosas dificultades económicas y financieras que están sufriendo las empresas españolas, el legislador ha articulado el mecanismo de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación a fin de que el empresario deudor pueda alcanzar acuerdos de refinanciación con sus acreedores, que le permitan mediante la obtención de nuevos ingresos de tesorería, atender a las obligaciones de pago contraídas, o bien, concertar un aplazamiento en la exigibilidad de los créditos.

La homologación del acuerdo es un procedimiento judicial del que conoce el Juzgado de lo Mercantil, que como veremos a continuación, produce unos peculiares efectos de tutela del acuerdo.

Se regula en la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal que con la aprobación del RDL 4/2014 ha sufrido una serie de modificaciones de calado.

4.5.1.-El Procedimiento para la Homologación Judicial.

4.5.1.1-La solicitud de la homologación:

En primer lugar, respecto a la solicitud de la homologación judicial, cabe señalar que únicamente se encuentra legitimado para solicitar la homologación judicial del acuerdo el deudor, por consiguiente, la ley no concede legitimación a los acreedores para que soliciten la homologación del acuerdo de refinanciación, ahora bien, si pueden pactar entre las condiciones del acuerdo que el deudor proceda a solicitarla.

³⁰ Confróntese con: BROSETA ABOGADOS. *“Preguntas y respuestas y newsletter sobre el Real Decreto 4/2014 por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”*. Área bancaria y financiera de Broseta abogados. Valencia. 2014.

³¹ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. *Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo)*. Diario La Ley, Nº 8271, Sección Doctrina. Editorial LA LEY. Marzo de 2014.

³² Confróntese con: CARRASCO PERERA, Ángel. *Reformas concursales del RDL 4/2014 relativas al status de las garantías reales*. Gómez-Acebo & Pombo. www.gomezacebo-pombo.com

La Ley Concursal, no establece un plazo para la solicitud de la homologación del Acuerdo. Si bien, generalmente, precederá a esa solicitud de homologación la comunicación de las negociaciones al juzgado competente para conocer del concurso, *ex* artículo 5 bis LC. Ahora bien, existen determinadas situaciones, en las que no es preceptiva la declaración de concurso, como la insolvencia inminente, no habrá que comunicar el inicio de las negociaciones, pudiendo solicitar directamente la homologación del acuerdo de refinanciación alcanzado.

En el caso más común, cuando se hubiera comunicado al juzgado el inicio de las negociaciones, el artículo 5 bis LC establece que dicha comunicación deberá realizarse en cualquier momento siempre y cuando sea anterior al plazo que otorga el artículo 5 LC. Es decir, el deudor deberá comunicar al juzgado el inicio de las negociaciones en el plazo de dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer su insolvencia; formulada esta comunicación, no será necesario declarar el concurso voluntario.

Desde que se comunica al juzgado la negociación en el plazo previsto hasta que se dicte la providencia por la que se admita a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo, el efecto que se producirá será la paralización y en su caso la suspensión de las ejecuciones singulares de bienes que resulten precisos para la consecución del fin conservativo de la empresa; exigiendo al deudor, para el caso de que los ejecutantes sean acreedores financieros de la DA. 4ª, acreditar que al menos un cincuenta y uno por ciento del pasivo apoya el inicio de las negociaciones. Para facilitar esta prueba, esos compromisos se formalizarán generalmente a partir de un acuerdo *stand still*.³⁴ Se trata de un pacto de “*no agresión*” entre deudor y acreedores por el que se compromete el deudor a no solicitar la declaración del concurso y los acreedores a no requerir pagos o emprender acciones legales frente al deudor hasta la finalización de las negociaciones.

Esta exigencia resulta totalmente lógica, pues trata de dar cierta seguridad sobre la predisposición de los acreedores a alcanzar el acuerdo y proceder a su homologación, dado que la homologación va a desplegar unos efectos peculiares muy beneficiosos para el deudor, además, trata de evitarse que este utilice el instrumento pre concursal con una finalidad meramente dilatoria de la declaración de concurso, que podría dar lugar a una

³⁴ GUERRERO MARTÍN, Carlos. “¿Qué es un acuerdo *Stand still* en una reestructuración de deuda empresarial?”. *El blog de Carlos Guerrero*. 2012. carlosguerrero.es

eventual calificación del concurso como culpable con las consecuencias que ello acarrea.

Los acreedores con garantía real podrán ejercitar la acción real frente a los bienes o derechos sobre los que recaiga su garantía, si bien, iniciado el procedimiento quedarán suspendidas.

En este punto cabe preguntarse, qué ocurriría si en lapso temporal previsto no se logra la providencia por la que se admite a trámite la solicitud de homologación. El artículo 5 bis LC da respuesta a ello, y dispone que transcurridos esos tres meses, recaerá sobre el deudor la obligación de solicitar la declaración de concurso en el mes hábil siguiente, a menos que hubiera conseguido por cualquier circunstancia sobrevenida superar la situación de insolvencia. En caso de no solicitar la declaración de concurso transcurridos los plazos previstos, el deudor se arriesga a que cualquier acreedor pueda instar el concurso necesario de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.4 LC.

4.5.1.2.-Contenido del acuerdo:

Si atendemos al apartado primero de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, establece como requisito necesario para que proceda la homologación, que concurren las exigencias del artículo 71.1 bis excepto en lo relativo a la mayoría de acreedores que deben suscribir el acuerdo (suscripción por los acreedores que representen al menos tres quintos del pasivo), pues para homologar el acuerdo la ley exige que sea aprobado, al menos, por el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero, esta es una de las principales novedades que introduce el RDL 4/2014 pues el texto modificado exigía que el acuerdo fuera suscrito, al menos, por el cincuenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de las entidades financieras, ahora, además de reducir el pasivo exigido, amplía el ámbito subjetivo a cualquier acreedor titular de pasivo financiero que consienta el acuerdo de refinanciación, independientemente de que goce de garantía real o no.

Así, para que proceda la homologación, además de que el acuerdo debe suponer una ampliación significativa del crédito disponible, o la prórroga de su plazo de vencimiento respondiendo a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad en el corto o medio plazo, deben concurrir los siguientes requisitos:

- A) Haber sido “suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros”³⁵
- B) Certificación del Auditor de cuentas de la sociedad, o en su caso al designado por el registro mercantil, sobre la suficiencia del pasivo exigido para adoptar el acuerdo, en este caso del cincuenta y uno por ciento.
- C) Que el acuerdo de refinanciación se formalice en documento público, aportando todos aquellos documentos que acrediten el cumplimiento de las condiciones exigidas.

A la vista de estas exigencias, puede señalarse, que un acuerdo de refinanciación que no cumpla los requisitos para quedar protegido *ex* artículo 71 bis LC, podrá protegerse a través de la homologación judicial, evitando, en caso de producirse la declaración de concurso la rescisión concursal y produciendo una serie de efectos específicos y especialmente significativos, que a continuación se explicarán.

Es necesario incidir en ese requisito *ad hoc* que se prevé para la homologación judicial del acuerdo, en cuanto a la suscripción del cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero, ya que las mayorías requeridas para la homologación por la ley concursal se han ido suavizando (al igual que el ámbito subjetivo sobre el que se computan), en sucesivas reformas³⁶, a fin de flexibilizar las condiciones y lograr fomentar la homologación de los acuerdos.

Respecto a este requisito cabría apuntar que la DA Señala que el acuerdo de refinanciación que cumpla con los requisitos anteriormente expuestos (71.1 LC bis excepto el apartado primero) y que alcance la suscripción del cincuenta y uno por ciento de los pasivos financieros, obtendrá el beneficio de la protección o el blindaje frente a la rescisión y además podrá ser de aplicación el régimen previsto para el *fresh Money*. Si bien, en este caso, no podrá extenderse el contenido y efectos del acuerdo a los

³⁵ Disposición Adicional 4 Ley concursal (modificación introducida por el RDL 4/2014).

³⁶ Antes de la aprobación de la Ley de emprendedores, ley 14/2013 la mayoría exigida para la homologación judicial era del 75 por ciento, tras la modificación legislativa introducida por la ley se flexibilizó reduciéndose a un 55 por ciento, con la actual reforma de la LC introducida por el RDL 4/2014 la mayoría se sitúa en el 51 por ciento.

acreedores no firmantes o acreedores disidentes, pues para que la homologación judicial produzca este y otros efectos que veremos se requieren mayorías más amplias.

La actuación del juez en este tipo de homologación se limita, básicamente comprobación de los requisitos legalmente exigidos, sin necesidad de hacer una valoración o juicio de oportunidad acerca del sacrificio que supone para los acreedores disidentes, pues como se ha señalado, los efectos del acuerdo, en este caso, no se extenderán a ellos. En el caso de que la mayoría alcanzada supusiera la extensión de efectos a los acreedores no firmantes o disidentes, el juicio de oportunidad se reservaría a sede de impugnación del acuerdo por los acreedores legitimados. Para la comprobación de los requisitos exigidos dispondrá de un plazo de quince días desde que se produce la solicitud de homologación por parte del deudor.

Para el cómputo del pasivo financiero exigido, la ley excluye los pasivos de personas especialmente relacionadas con el deudor³⁷, el artículo 93.2 LC se refiere a estas personas especialmente relacionadas haciendo alusión a los socios, administradores, y a las sociedades del mismo grupo; también los pasivos comerciales y Los pasivos de derecho público, tales como cotizaciones a la seguridad social, tributos o sanciones impuestas por la administración.

Como puede observarse, la ley extiende el ámbito subjetivo del acuerdo a cualquier acreedor, salvo los legalmente excluidos, que sea titular de pasivo financiero³⁸. Superando, con esta modificación introducida por el RDL 4/2014, el hecho de que la homologación afecte únicamente a las entidades financieras acreedoras.

En el caso de que el préstamo fuera sindicado, esto es, que varios financiadores se agrupen para ofrecer al prestatario la financiación que necesita, la disposición adicional cuarta señala que, en estos casos, el porcentaje exigido para que proceda la homologación del acuerdo debe ser suscrito por los acreedores prestamistas cuyo pasivo represente, al menos, el setenta y cinco por ciento del pasivo total representado por el préstamo. Salvo que las normas reguladoras de la sindicación establezcan otra cosa, en

³⁷ Aunque se produzca una exclusión *ex lege*, respecto a los pasivos de las personas especialmente relacionadas a las que hace alusión el 93.2 LC, si se produce finalmente la homologación judicial del acuerdo, se extenderá sobre ellos el contenido del acuerdo y sus efectos.

³⁸ La norma señala en la DA. 4 qué debe entenderse por acreedores pasivos financieros: “A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera”.

cuyo caso será de aplicación lo previsto en ellas. En este punto, cabe preguntarse, qué ocurriría si esas normas reguladoras de la sindicación exigieran la suscripción del acuerdo por una mayoría superior al setenta y cinco por ciento, o incluso, llegaran a exigir la unanimidad, a este respecto teniendo en cuenta la *ratio legis* y la propia exposición de motivos del RDL que señala que debe tratarse de “Evitar la sobreponderación artificiosa de determinadas participaciones minoritarias en acuerdos sindicados de financiación” parece evidente que la correcta interpretación que debe hacerse de la norma es la imposibilidad de exigir tales mayorías.

4.5.2.-Efectos producidos por la homologación judicial del acuerdo:

En cuanto a los efectos producidos por la homologación judicial, el RDL 4/2014 ha introducido un cambio significativo de criterios para la determinación de los mismos, que a continuación se señalará.

En primer lugar, como ya se ha expuesto anteriormente, el primer efecto que produce la homologación judicial, cuando cumple los requisitos previstos en el primer apartado de la DA. 4ª antes explicados, es la exclusión de la rescisión concursal, si bien, la homologación judicial otorga un plus de protección respecto a los acuerdos de refinanciación blindados *ex* artículo 71.1 bis LC. Pues aquellos, a diferencia de estos, y a la vista del artículo 72 LC., en caso de declaración de concurso, si así lo solicitaba la administración concursal podrían rescindirse, no siendo así en el caso de los acuerdos homologados judicialmente, pues en este caso, ni siquiera, a instancia de la administración concursal podrán ser rescindidos. El resto de acciones de impugnación podrán ser ejercitadas por la administración concursal de la misma forma en que me referí respecto a los acuerdos de refinanciación del 71 bis.

Otro efecto de la homologación es la extensión de efectos del acuerdo a los acreedores disidentes o no firmantes. En función del porcentaje de acreedores que haya suscrito el acuerdo (51%, más del 60% o más del 75%), los efectos serán unos u otros. Si acudimos al artículo 1257 CC establece que los contratos únicamente producen efectos para las partes que los suscriben y en su caso para sus herederos.³⁹ Si bien, con la homologación judicial se produce una superación del principio de relatividad de los contratos, ya que

³⁹ Art. 1257 CC. : “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.”

los efectos producidos en caso de que proceda la homologación, y en función de la mayoría alcanzada, se extenderán a aquellos acreedores que no fueran parte del acuerdo. Superándose también la especial protección que la anterior legislación otorgaba a los acreedores con garantía real, pues ahora, algunos efectos del acuerdo también se extenderán a ellos, tal como doctrina y jurisprudencia reiterada habían reclamado.^{40 41}

Por consiguiente, la homologación judicial, afectará a aquellos acreedores que hayan suscrito el acuerdo, independientemente de que gocen o no de garantía real. También podrán quedar afectados aquellos acreedores especialmente relacionados con el deudor, que como anteriormente se señaló, quedarán excluidos en el cómputo del pasivo financiero, desplegando la homologación judicial sobre ellos los efectos del acuerdo.

En todo caso, quedarán excluidos los acreedores de pasivos comerciales y los acreedores de derecho público.

Para ver la medida de la extensión de esos efectos, en primer lugar hay que apuntar que con el RDL 4/2014, como se ha señalado, se supera el criterio subjetivo que distinguía entre acreedor con garantía real y sin garantía real, introduciéndose un criterio objetivo, pues se valorará la parte del crédito garantizada y la que no esté cubierta por el valor de la garantía real. Si bien, se da un paso más, y aquella parte de la deuda cubierta por la garantía, puede en determinadas ocasiones, cuando las mayorías que hayan suscrito el acuerdo sean especialmente cualificadas y computadas sobre el total de las garantías⁴², verse afectada por determinados efectos.

Por tanto, respecto a *“los créditos que no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real”*⁴³ y que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o sean disidentes se les extenderán los efectos del acuerdo por la homologación judicial, siendo diferentes en función del porcentaje del pasivo que lo haya suscrito, en los siguientes términos:

⁴⁰ Caso GRUPO CELSA, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona de 28 de junio de 2013.

⁴¹ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 10 de abril de 2013. 2013/81251.

⁴² Se refiere por consiguiente a los titulares de garantías que ostentan una posición análoga a la del acreedor disidente o no participante.

⁴³ DA 4 Ley Concursal.

-Si el acuerdo ha sido suscrito por más del sesenta por ciento (antes era suficiente con la suscripción del cincuenta y cinco por ciento) de los acreedores titulares de pasivo financiero, los efectos se extenderán a los acreedores disidentes o no participantes cuyo crédito no se encuentre protegido una por garantía real. En cuanto a las esperas, podrán ampliarse por un plazo máximo de cinco años y a la conversión de créditos en préstamos participativos, durante ese mismo lapso temporal.

-Si por su parte, el acuerdo es suscrito por el setenta y cinco por ciento o más de los acreedores titulares de pasivo financiero, se extenderán, a los acreedores disidentes o no firmantes, sin garantía real los siguientes efectos en virtud de la homologación del acuerdo:

- Esperas superiores a cinco años hasta un límite máximo de diez años.
- Conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo superior a cinco años e inferior a diez.
- Conversión de deuda en obligaciones convertibles o préstamos subordinados o préstamos con intereses capitalizables.
- Conversión de deuda en cualquier otro instrumento de rango, vencimiento o características distintas.
- Quitas (se entiende que ilimitadas ya que la norma nada señala al respecto)
- Conversión de deuda en capital social, si bien, el acreedor disidente podrá evitar este efecto aceptando una quita equivalente.
- Cesión de bienes en pago total o parcial.

-En el caso de que los créditos se encuentren garantizados, por la parte de los mismos que no excediera el valor de la garantía real⁴⁴, los efectos serán los mismos que para los créditos que no se encuentren garantizados, si bien, se produce una exigencia mayor, en cuanto a la mayoría de pasivo financiero cubierto deben suscribir el acuerdo para que se extiendan los efectos a los disidentes o no participantes, así, para las esperas o conversión de deuda en préstamo participativo por un máximo de cinco años, se exige,

⁴⁴ Por el resto del importe serán simples acreedores no privilegiados, sometidos al régimen de los créditos sin garantía real.

que la mayoría sea del sesenta y cinco por ciento del importe cubierto de los créditos de los acreedores con pasivo financiero.

Para el resto de efectos anteriormente señalados, para los que se exige la suscripción del setenta y cinco por ciento de los acreedores titulares de pasivo financiero, la exigencia para que se extiendan los efectos a aquellos acreedores disidentes o no firmantes cuyos créditos se encuentren garantizados o por el importe de la garantía, será del ochenta por ciento del importe cubierto de los créditos de los acreedores con pasivo financiero.⁴⁵

Para determinar el valor de la garantía real, la norma ofrece la pauta, tomando nueve décimos del valor razonable del bien objeto de la garantía y deduciendo del mismo las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. El valor de la garantía no podrá ser en ningún caso inferior a cero o exceder el valor del crédito garantizado.

Además se establecen criterios de valoración en función del tipo de bien ante el que nos encontremos.

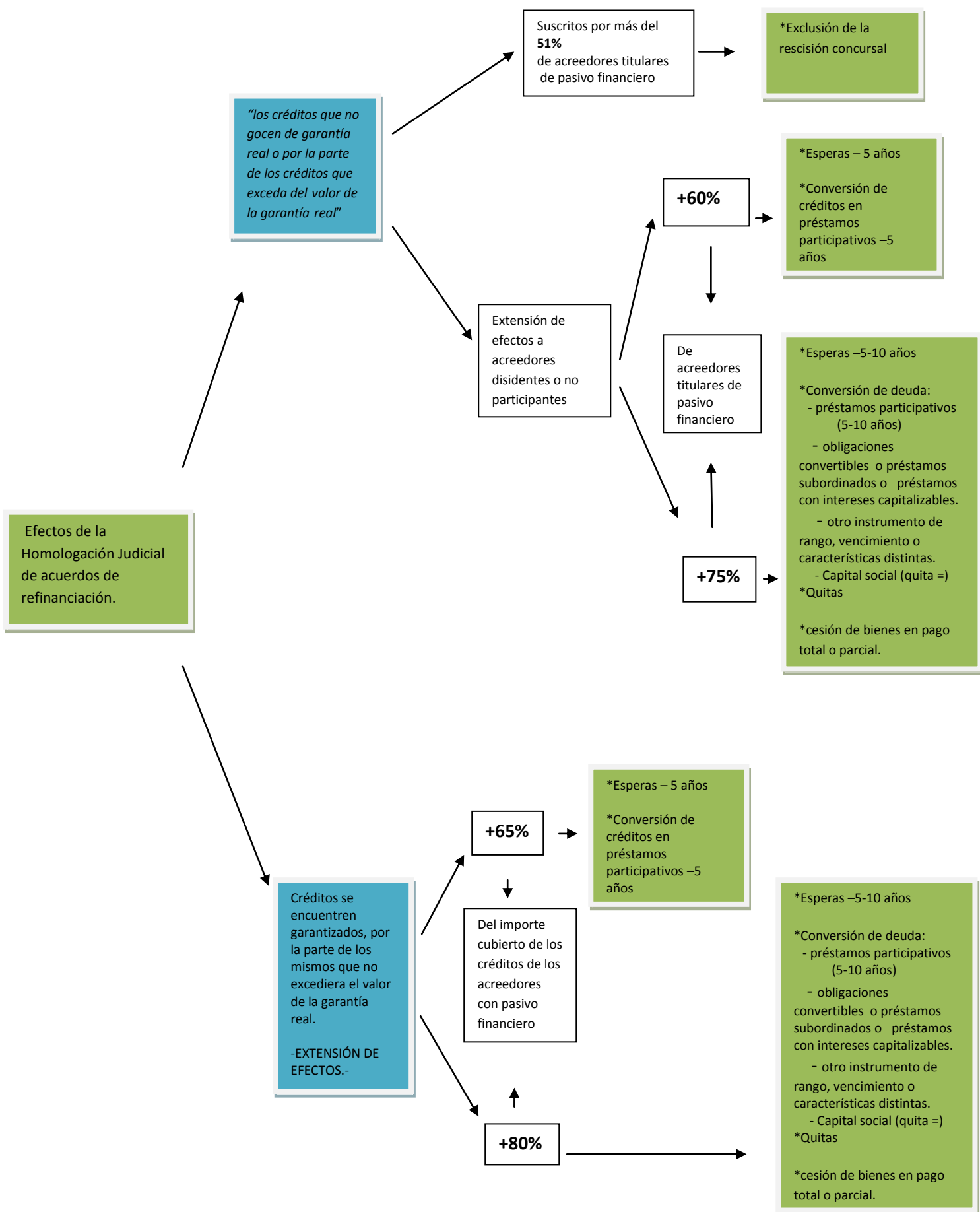
Así, para los valores mobiliarios cotizados se tomará para el cálculo de su valor el promedio de los tres meses anteriores a iniciar las negociaciones.

Para los valores inmuebles, se requerirá un informe emitido por sociedad de tasación homologada, y para el resto de bienes, se encomienda la valoración a un experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil.

Asimismo, se establecen reglas para determinar el valor de la garantía cuando recaiga sobre varios bienes, o para el caso en que se constituya garantía proindiviso a favor de varios acreedores. Si bien, nada dice la ley sobre el valor de las garantías que se constituyen a favor de los acreedores sin determinación de cuota, o aquellos casos en los que el objeto de la garantía puede fluctuar o estar sometido a cambios por diversas razones.

Para arrojar un poco de luz sobre el complejo régimen de efectos que la homologación judicial produce y que recoge la DA. 4 LC veo necesario compilar lo expuesto en el siguiente esquema:

⁴⁵ Debe tenerse en cuenta que el quórum se formará y computará por los créditos de la misma clase, es decir los garantizados o el importe garantizado.



4.5.3.-Incumplimiento del acuerdo homologado judicialmente:

En el caso de que se produzca un incumplimiento del acuerdo de refinanciación que ha sido sometido a homologación judicial, se legitima a cualquier acreedor, independientemente de que lo hubiera suscrito o no, para declarar ante el juez competente el incumplimiento del mismo. Se iniciará un procedimiento similar al incidente concursal, por el cual se informará al deudor y al resto de acreedores a fin de que puedan alegar y oponerse a la solicitud de incumplimiento si procede.⁴⁶

Si prosperara la solicitud, la correspondiente sentencia⁴⁷ declarará el incumplimiento del acuerdo, que quebraría el régimen otorgado a través de la homologación, facultando a los acreedores a instar el concurso o a iniciar ejecuciones singulares. Si se produjera la ejecución de alguna garantía real vinculada a un crédito afectado por el acuerdo de refinanciación, el acreedor podrá cobrar la cantidad obtenida, pudiendo ésta exceder al valor actual del crédito, siempre que no rebase el importe del mismo en caso de no haberse celebrado el acuerdo de refinanciación.

4.6. Consecuencias del fracaso del acuerdo de Refinanciación.

En el caso de que no fuera posible alcanzar un acuerdo con los acreedores que posibilitara el saneamiento financiero de la empresa, estableciendo un nuevo calendario de amortización o condiciones financieras más favorables que se adecuaran a la situación de la empresa y del mercado, a cambio de esperas, quitas y capitalización de deuda, como veremos, el deudor se verá abocado a solicitar la declaración de concurso voluntario.

El artículo 5 bis LC señala que el deudor contará con un plazo de tres meses para negociar con sus acreedores desde que comunica al juzgado el inicio de las negociaciones.

Este inicio de las negociaciones deberá comunicarse en el lapso temporal de dos meses, que se le reconoce al deudor, para solicitar el concurso voluntario desde que conociera o debiera conocer su situación de insolvencia, tal como establece el artículo 5 LC.

⁴⁶ Disposición Adicional 4ª LC Apartado 11.

⁴⁷ La sentencia por la que se declara el incumplimiento del acuerdo no es susceptible de recurso de apelación.

Durante el transcurso de los plazos estipulados en el artículo 5 bis LC, no será posible solicitar el concurso necesario por parte de los acreedores *ex* artículo 15.3 LC⁴⁸.

Si transcurrido ese plazo previsto para negociar, la negociación fracasa, el deudor se verá obligado a solicitar en el mes hábil siguiente el concurso voluntario salvo que la situación de insolvencia haya sido superada por cualquier otra circunstancia. Se entiende que el deudor se encontrará en situación de insolvencia cuando no pueda cumplir de manera regular con sus obligaciones.

Si finalmente el deudor opta por solicitar el concurso, la fecha de la comunicación de las negociaciones será la que se tendrá en cuenta como fecha de solicitud.

Es relevante, que en estas circunstancias, el deudor proceda a instar el concurso voluntario, pues de no hacerlo, cualquier acreedor podrá solicitar la declaración del concurso necesario. El encargado de clasificar el concurso como voluntario o necesario será el juez. Se trata de un pronunciamiento absolutamente esencial en el auto de declaración de concurso, pues los efectos que se desplegarán serán diferentes en uno y otro caso.

El juez determinará si el concurso es voluntario o necesario en virtud del legitimado que presentará la primera solicitud de declaración. Si la declaración de concurso es instada por el deudor, este tendrá carácter voluntario. Por el contrario, si quien insta a la declaración es un acreedor o varios, el concurso se clasificará como concurso necesario.

En caso de que concurrieran varias solicitudes, el criterio legal a seguir será “*prior tempore potior iure*”; teniendo en cuenta la primera de las solicitudes.⁴⁹

La principal diferencia sobre la clasificación del concurso de uno u otro modo, reside en que en el concurso voluntario el deudor mantiene sus facultades de administración de la

⁴⁸ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. “*Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal*” (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo). Diario La Ley, Nº 8271, Sección Doctrina, Editorial LA LEY. Marzo de 2014.

⁴⁹ Confróntese con: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “*El concurso necesario*”. Portal Universidad Autónoma de Madrid. Consulta online:

http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/arfr%20-%20concurso%20necesario.pdf

empresa bajo la supervisión de los administradores concursales, pues el régimen establecido para este tipo de concurso respecto a los administradores concursales es de intervención. Sin duda, esta es la situación más deseable y beneficiosa para el deudor, pues nadie mejor que él conoce la situación y el funcionamiento de la empresa, y nadie tendrá un mayor interés en que esta pueda superar el concurso y salir adelante.

Si por el contrario, el concurso se clasifica como necesario, el régimen será de suspensión, esto es, que la administración concursal llevará a cabo la administración total de la empresa, también en el plano administrativo y patrimonial, relegando absolutamente de sus funciones al deudor⁵⁰.

Además, cabe apuntar, que si el deudor no cumple con la obligación de solicitar la declaración de concurso en los plazos previstos por el artículo 5 bis LC., se presumirá la existencia de dolo o culpa grave del deudor y en consecuencia el concurso se calificará como culpable *ex* artículo 165.1 LC, tratándose en cualquier caso de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

A este respecto, también cabe señalar que el RDL 4/2014 ha introducido una novedad importante en cuanto a la calificación del concurso, pues en el caso de que el deudor, o en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, no hubieran actuado de la forma esperada, obstaculizando el acuerdo de refinanciación, el concurso se calificará como culpable⁵¹.

El legislador ha optado por imponer una serie de deberes de colaboración a los socios, representantes legales, administradores o liquidadores, orientados a posibilitar el saneamiento de la empresa, de tal forma que el que se niegue *sin causa razonable* a la adopción de instrumentos que permitan la refinanciación de la empresa y por consiguiente su saneamiento y la superación de la insolvencia, será considerado como persona afectada por la calificación, resultando responsable por déficit concursal, entre otras consecuencias.

⁵⁰Confróntese con: GUALDE CAPÓ, Patricia. “El órgano de Administración Concursal”. *Artículos doctrinales: Derecho Mercantil. Noticias jurídicas*. 2003.

⁵¹Confróntese con: MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando. “Obstaculización de acuerdos de refinanciación y calificación culpable del concurso”. *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*. 2014. gomezacebo-pombo.com

Respecto a estas presunciones *iuris tantum* que derivan en la calificación culpable del concurso, dan por probada (admitiendo prueba en contrario), la existencia de dolo o culpa grave, de aquel que debió llevar a cabo un determinado comportamiento esperado y no lo hizo. Si bien, la doctrina mayoritaria sostiene que la concurrencia de estas causas subjetivas no es suficiente para la calificación culpable del concurso, sino que además se requiere probar por parte de quien lo alega la concurrencia de un elemento objetivo que no es otro que el perjuicio patrimonial causado por la negativa injustificada a la negociación.

Esta teoría aunque es acertada, resulta muy compleja en cuanto a la prueba, pues no será fácil probar una vinculación entre el comportamiento y el daño patrimonial. Siendo a efectos de calificación mucho más sencillo establecer criterios de imputación objetiva como el hecho de no haber llevado a cabo una gestión adecuada y ordenada, tornándose únicamente relevante la prueba del daño causado para la determinación de los efectos de la calificación, por ejemplo, si un socio resulta responsable por déficit concursal habrá que ver como incidió su negativa a refinanciar para determinar en qué grado debe responder.

4.7. Responsabilidad de los acreedores por el fracaso del acuerdo de refinanciación: excepciones a la regla de no responsabilidad de los acreedores.

Como se ha podido comprobar a lo largo de la exposición, los acuerdos de refinanciación son una solución negociada a la insolvencia que trata de evitar que se declare el concurso y en su caso, si procede, la posterior liquidación de la sociedad. Si bien, ni siquiera las exigencias requeridas en los acuerdos de refinanciación a los que se refiere el 71 bis LC o la DA 4ª LC garantizan el éxito del mismo e impiden la eventual solicitud de declaración de concurso.

Por ello, *a priori*, como regla general y salvo excepción, podemos decir que los acreedores no van a ser responsables del fracaso del acuerdo de refinanciación, pues ellos, junto al deudor, son los principales interesados en que la situación de insolvencia pueda removerse para poder hacer efectivos sus créditos.

Ahora bien, existen determinadas situaciones en las que la refinanciación fracasa, tornándose inevitable la solicitud de concurso. En estas circunstancias, cabe preguntarse si en aquellos casos en los que quede demostrado que la negociación del acuerdo de

refinanciación no ha hecho más que agravar la situación de insolvencia, se podrá exigir a los acreedores algún tipo de responsabilidad de conformidad a la normativa concursal.⁵²

A este respecto, puede decirse, que la norma arbitra una serie de mecanismos o excepciones que quiebran la regla de no responsabilidad de los acreedores, imputándoles responsabilidad por su actuación no adecuada.

Además, cabe apuntar, que es un tema especialmente relevante y respecto al cual deben tomarse las oportunas cautelas, pues, en las refinanciaciones, los acreedores suelen ser entidades bancarias, que son acreedores profesionales que prestan capital de explotación ajeno. Por ello, debe arbitrase un marco regulatorio que aporte seguridad jurídica, buscando un equilibrio, que no haga que los acreedores profesionales sean reticentes a prestar capital en este tipo de situaciones de insolvencia (pues de ser así, los instrumentos pre concursales resultarían inútiles), pero que a su vez, garantice de alguna manera que esos acreedores sean responsables en el otorgamiento del crédito, evitando poner en entredicho el sistema financiero con este tipo de operaciones.

Así, deben distinguirse diversas situaciones en las que se podría imputar responsabilidad a los acreedores refinanciadores:

Para simplificar la explicación, considero necesario, diferenciar distintos grados de responsabilidad en función de lo avanzadas que se encuentren las negociaciones, o en su caso, de que se hayan llevado a término.

De esta manera, en primer lugar, hay que aludir a aquellos supuestos en los que pudiera surgir una *responsabilidad precontractual*. Como punto de partida, debe quedar claro que “*en el ámbito privado es inexigible un deber de negociar o de renegociar*”⁵³ ni siquiera habrá que atender al ofrecimiento de negociaciones, ni alegar motivo alguno para no iniciarlas, si bien, si las partes hubieran negociado previamente o se encontraran

⁵² Confróntese con: CURTO POLO, M. Mercedes. “*La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal*”. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Serie dirigida por José Antonio García-Cruces. Barcelona. Bosch. 2013. Pág. 115 y ss.

⁵³ GARCÍA VICENTE, José Ramón. “*Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual*”. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Serie dirigida por José Antonio García-Cruces. Barcelona. Bosch. 2013. Pág. 76.

vinculadas en virtud de otra relación contractual, sí resultaría necesario realizar una declaración expresa aunque no hubiera que motivar, en ningún caso, tal decisión.⁵⁴

Recordemos que cualquier acuerdo de refinanciación, por las especiales circunstancias que lo rodean, siempre y en todo caso irá precedido de una serie de negociaciones previas, sin suponer una mera concesión o denegación del crédito. Así, en esa fase de negociación previa, podrán surgir ciertas responsabilidades precontractuales imputables a la entidad financiera o al acreedor o acreedores financiadores.

Partimos en todo caso de la base de que el acreedor financiador no tiene obligación alguna de aceptar la refinanciación, pues la refinanciación para los acreedores se presenta como una opción, que tendrá como fin mediato que el deudor pueda superar la situación de insolvencia, y como fin ulterior que los acreedores puedan hacer efectivo el crédito. Todo ello sin necesidad de solicitar el concurso de acreedores. Pues como ya se ha señalado, el acuerdo de refinanciación nace de la autonomía de la voluntad de las partes sin más limitación que aquellas establecidas por la ley, la moral y el orden público.⁵⁵

Los deberes precontractuales que vinculan a las partes en la negociación, se fundamentan en un deber de comportamiento leal en las negociaciones. Se entenderá que un comportamiento es adecuado cuando sea conforme a la buena fe objetiva derivada de los artículos 7.1 y 1258 CC.

Si bien, es complejo encontrar el equilibrio entre esas actuaciones leales de las partes y la libertad de la que disponen para desistir de la negociación. Por ello, para superar la complejidad de esta situación, se utiliza el parámetro de la confianza suscitada en la contraparte de que las negociaciones van a llegar a buen puerto y se tendrá en cuenta también a la hora de depurar responsabilidades lo avanzadas que las mismas se encontraran.

⁵⁴ Confróntese con: SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *“Refinanciaciones de deuda y responsabilidad de la banca”*. Intervención en mesa redonda, celebrada el 20 de mayo de 2010 dentro de la jornada: Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: Balance y perspectivas de regulación. Departamento de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid. 2010.

⁵⁵ Art. 1255 CC.: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”*

Como el Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones: *“Es cierto que las partes, del mismo modo que son libres de entablar negociaciones dirigidas a la formación de los contratos, también lo son para, una vez iniciadas, abandonarlas en cualquier momento sin responder por ello.*

*Sin embargo, quienes intervienen en los llamados tratos previos han de acomodar su comportamiento a la buena fe, esto es, al modelo de conducta admisible en la situación de que se trate. La buena fe opera como un imperativo que condiciona y, al fin, limita aquella libertad”.*⁵⁶

Así, será contraria a la buena fe aquella conducta que defraude las expectativas y confianza suscitada en la viabilidad del acuerdo de refinanciación. Siendo indemnizables los gastos y desembolsos vinculados a la negociación y posterior perfección del acuerdo llevados a cabo por la contraparte en las negociaciones, y no siendo indemnizables en caso alguno las meras expectativas suscitadas.

Además, enlazando con lo anteriormente expuesto, y garantizando la libertad negocial, para que pueda haber lugar a indemnización, la ruptura de la negociación debe ser injustificada. Por tanto, nada obsta a la ruptura de negociación del acuerdo si media justa causa y además se actúa de buena fe. Existirá justa causa cuando por ejemplo concurra una circunstancia sobrevenida que impida o dificulte la formalización del acuerdo, o cuando surja una mejor opción para alguna de las partes, por ejemplo un financiador que ofrezca mejores condiciones al deudor. Si bien, en todo caso existe un deber de informar a la otra parte incurso en la negociación para que pueda valorar si puede ofrecer mejores condiciones que las ofertadas o si puede contribuir a la superación de la causa sobrevenida que frustra el fin del contrato.

En resumen, para que proceda la indemnización, en estas circunstancias, se tendrá en cuenta la confianza suscitada y la actuación leal de las partes produciéndose una ruptura injustificada de las negociaciones. No siendo en ningún caso resarcibles, incluso cuando no mediara causa para la ruptura de la negociación, los gastos especulativos o aquellos producidos con ocasión de la negociación que deberán asumir las partes como riesgo implícito a la misma.

Por otra parte, respecto a la responsabilidad precontractual, cabe preguntarse si puede esta responsabilidad encuadrarse en el ámbito contractual, extracontractual o si por el

⁵⁶ STS de 15 de Octubre de 2011. Roj.2011/7400.

contrario, no sería conveniente encuadrarlo en ninguno de estos dos tipos de responsabilidad y crear un régimen *ad hoc* para este tipo de responsabilidad. Esta cuestión no es baladí pues será relevante a efectos de prescripción y de calificación de créditos para el caso de que se declare el concurso.

La doctrina y la jurisprudencia española, hasta ahora, han sido proclives a considerar esta responsabilidad como extracontractual puesto que parece evidente que el daño se produce sin mediar contrato alguno entre las partes.

Las consecuencias derivadas de considerar uno u otro tipo de responsabilidad como hemos dicho son operativas a efectos de prescripción de la acción para reclamar dicha responsabilidad, pues si calificamos esta responsabilidad como contractual, el plazo para la prescripción será el plazo general que otorga el ordenamiento jurídico de quince años, por el contrario, si la responsabilidad se determina como extracontractual el plazo para la prescripción será de un año.

A efectos de calificación concursal los créditos derivados de responsabilidad extracontractual *ex* artículo 91.5 LC serán considerados créditos con privilegio general.⁵⁷

Si optamos por la responsabilidad extracontractual, además, debemos preguntarnos qué partidas va a comprender la indemnización. Es decir, si se va a resarcir únicamente el interés negativo (y en su caso, qué partidas del mismo), o si también se resarcirá el interés positivo.

A este respecto, cabe apuntar que por la ruptura desleal de la negociación, como regla general, no habrá lugar a la indemnización del interés positivo, equivalente a la prestación prometida. Sí se indemnizará el interés negativo en lo referente al daño emergente pero no al lucro cesante. Si bien, no existe jurisprudencia pacífica respecto a que no sea indemnizable el lucro cesante, en cuanto a las oportunidades perdidas con terceros por la negociación.

En caso de que el fracaso de la negociación radicara en la vulneración de normas imperativas siendo imputable la vulneración a una de las partes o en el hecho de que se

⁵⁷ Confróntese con: GARCÍA VICENTE, José Ramón. “Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual”. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Serie dirigida por José Antonio García-Cruces. Barcelona. Bosch. 2013. Pág. 76 y ss.

hubieran infringido deberes de información en la negociación, la responsabilidad podría incluso extenderse al interés positivo.

Por último, cabe señalar que hay determinados supuestos en los que a través de un acuerdo de intenciones se arbitran una serie de reglas que presidirán las negociaciones y que deberán en todo caso ser respetadas por las partes. Estos acuerdos de intenciones no podrán en ningún caso coartar o suprimir la libertad de las partes en la negociación. Como muestra de ello, las partes soportarán los gastos e inversiones realizadas con motivo de la negociación.

Además es probable que estos acuerdos arbitren cláusulas exoneradoras de responsabilidad o fijen los daños indemnizables para el caso de que la negociación no llegue a buen fin.

También resulta habitual en estas circunstancias que sea un acreedor el designado para conducir las negociaciones, esto es muy común cuando el crédito es sindicado, para favorecer la viabilidad de la negociación.

Lo más relevante de este tipo de negociaciones guiadas por el acuerdo de intenciones es que en el caso de que fracasara la negociación y no se encontraran fijadas las consecuencias, la responsabilidad derivada del incumplimiento de estas cláusulas tendrá carácter contractual, resultando complejo determinar la indemnización, por lo que en estos casos se recomienda y es habitual que se fijen las consecuencias de la finalización de la negociación.⁵⁸

Ahora, supongamos que finalizadas las negociaciones y acordada la refinanciación, se produce una concesión de crédito abusiva, esto es, una refinanciación lesiva tanto para el deudor como para el resto de acreedores que con casi total seguridad abocará a la solicitud del concurso. Cabría entonces preguntarse si tal actuación daría a lugar a responsabilidad contractual o extracontractual y a qué sujetos se les imputaría el daño causado derivado de esa actuación negligente.

⁵⁸ Confróntese con: GARCÍA VICENTE, José Ramón. *“Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual”*. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Serie dirigida por José Antonio García-Cruces. Barcelona. Bosch. 2013. Pág. 86 y ss.

Podría fundamentarse la concurrencia de responsabilidad contractual *ex* artículo 1911 CC, argumentando como señala JUANA PULGAR que tal responsabilidad subyace en “*el Status jurídico de la banca del que derivaría su obligación de actuar prudentemente tutelando, además, a los acreedores del deudor financiado*”⁵⁹

Si bien, como la citada autora señala, opinión que comparto, resultaría mucho más adecuado reconducir la responsabilidad de las entidades por la vía extracontractual, ya que con su actuación podrían verse lesionados los derechos de crédito del resto de acreedores, pues el hecho de que la entidad siguiera refinanciando a un deudor con problemas económicos podría en el largo plazo suponer un perjuicio para el resto alterando la *par conditio creditorum*. Si bien, la entidad de crédito no dejaría de ser un tercero ajeno a la relación contractual entre el deudor y el resto de acreedores por lo que su responsabilidad será propia del 1902 y SS del CC.

Para determinar el grado de responsabilidad habría que atender a la situación patrimonial en que se encontrara el deudor en el momento de la refinanciación, ahora bien, como se ha señalado a lo largo de la exposición, el acuerdo de refinanciación no requiere un contenido concreto, solamente se exige que respete los límites del 1255 CC.

Además, habría que tener en cuenta si la refinanciación es o no la causante directa o indirecta del perjuicio causado al resto de acreedores.

Respecto a la determinación del daño resarcible, procede señalar que tal como apunta la doctrina mayoritaria, la entidad bancaria será responsable cuando actúe con dolo de todas las consecuencias dañosas de su actuación; sin embargo, se entiende que no incurre en tal responsabilidad cuando el daño se cause de manera indirecta y además sea fruto de una actuación negligente pero no dolosa. Si bien, teniendo en cuenta que resulta muy complejo probar estos elementos, a fin de determinar la existencia de responsabilidad, es necesario arbitrar una serie de mecanismos que sean capaces de depurar responsabilidades sin acarrear una carga probatoria tan gravosa.

En estas circunstancias, se ha entendido, que la declaración de concurso de acreedores sería el marco idóneo para exigir las responsabilidades pertinentes, bien a través de la calificación culpable del concurso si se aprecia complicidad y de la atribución de la

⁵⁹ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. “*Preconcurso y acuerdos de refinanciación*”. *Adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de Octubre, de reforma de la Ley Concursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer.2012. pág.591 y ss.

condición de administrador de hecho al refinanciador, mecanismos que supondrían ante una eventual declaración de concurso, que la entidad o acreedor refinanciador no diligente quedara obligado a complementar la masa activa, contribuyendo así a la satisfacción de los créditos del resto de acreedores.

Estas sanciones, como veremos, constituyen instrumentos esenciales en cuanto a que son mucho más operativas que las soluciones anteriormente expuestas.

Así, en primer lugar, para entender la figura de la *complicidad en la generación o agravamiento de la insolvencia y la calificación culpable del concurso*, debemos acudir al artículo 166 LC que señala que: “*Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.*”⁶⁰

Por tanto, para que proceda la imputación de la condición de cómplice a la entidad financiera o acreedor que refinanció, será necesario que concurra alguna de las causas que dan lugar a la calificación culpable del concurso y que dentro de la sentencia de calificación se declare la complicidad del refinanciador.

La declaración de complicidad supondrá para los cómplices la pérdida de derechos que tuvieran como acreedores en el concurso y la condena a la devolución de los bienes y derechos que hubieran obtenido del patrimonio del deudor o de la masa activa de forma indebida. Debiendo además indemnizar los daños y perjuicios que, en cada caso, se hubieran ocasionado.

Así, la cooperación o colaboración de la entidad bancaria refinanciadora en cualquier acto que diera lugar a la calificación culpable del concurso, hará que se le considere cómplice con las implicaciones que esto acarrea. Ahora bien, si buscamos entre las presunciones para la calificación culpable del concurso que recogen los artículos 164.2 y 165 LC, no encontraremos ninguna referente a la refinanciación, si bien, cuando el acuerdo entre el deudor y entidad suponga un agravamiento de la insolvencia con dolo o

⁶⁰ Ley Concursal. Artículo 166.

culpa grave, podremos calificar el concurso como culpable subsumiéndolo en la cláusula general del 164.1 LC.

Respecto a la posibilidad de imputar la condición de *acreedor de hecho* al refinanciador, cabe señalar que es habitual que cuando un deudor se encuentre en situación de dificultad económica, solicite a las entidades de crédito acreedoras que le proporcionen liquidez para poder continuar con su actividad, superando esa situación de insolvencia actual e inminente, y pudiendo así cumplir con sus obligaciones, impidiendo (al menos temporalmente) la solicitud de declaración de concurso necesario por parte de los acreedores.

Si bien, es frecuente que en los pactos por los que se acepta la refinanciación, se introduzcan otra serie de exigencias o cláusulas que imponen al deudor obligaciones de hacer o no hacer (*convenants*), reduciendo su libertad de endeudamiento y limitando su capacidad en la toma de decisiones que posibiliten la continuidad empresarial.

También es frecuente que en estas circunstancias, el refinanciador constituya un comité de seguimiento que supervise la actuación del deudor a fin de que pueda continuar con su actividad.

Con ello, se relegaría al deudor a una posición de mera observancia, en la que dependería de la entidad financiera o del cumplimiento de los compromisos adquiridos en la toma de decisiones que habitualmente hay que adoptar en el ámbito empresarial. Si bien, como veremos, la existencia de estos pactos no resulta suficiente para atribuir a esos acreedores profesionales la condición de administrador de hecho.

La imputación de la condición de administrador de hecho, resulta especialmente relevante, pues, será considerado como persona especialmente relacionada con el deudor *ex* artículo 93 LC y además será considerado como persona afectada por la sentencia de calificación.

Respecto a las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo 93 LC, sus créditos pasarán a considerarse créditos subordinados, con los efectos que ello conlleva, entre otros, la pérdida del derecho a voto del convenio sometiéndose en las mismas condiciones que los acreedores ordinarios y la postergación en el cobro en caso de que proceda la liquidación.

Además, si la sentencia de calificación del concurso así lo contempla y lo motiva, podrá ser considerado como *persona afectada por la calificación del concurso* ex artículo 172 LC, esto es, que se podrá extender, cuando el juez así lo considere en la sentencia de calificación, a ese administrador de hecho la responsabilidad derivada del déficit concursal; pudiendo incluso ordenar el embargo de sus bienes y/o derechos en el momento de la declaración del concurso.⁶¹

Para poder imputar la condición de administrador de hecho, dado el vacío de concepto legal que opera en el derecho español, la doctrina y la jurisprudencia han establecido una serie de pautas.

Así, serán considerados administradores de hecho:

- Los administradores cuyo cargo haya caducado y continúen en el ejercicio de sus funciones.
- Aquellos que formalmente ocupan el cargo y desarrollan la tarea de administradores pero su nombramiento está viciado.
- Aquellos que a pesar de no haber sido nombrados formalmente administradores, desarrollan las labores de gestión y administración de la empresa, y se presentan ante terceros como administradores de la misma.

Si bien, la atribución de tal condición no se produciría de manera automática, por la mera constitución de un comité de seguimiento o por la adopción de *convenants* (siendo perfectamente legítimos), Sino que será necesario que esas labores de gestión y administración se desarrollen de manera continuada en el tiempo y no de forma puntual, y que la actividad sea ejercida de manera directa con conocimiento y consentimiento de los socios.

Así, si el juez aprecia que la entidad bancaria está ejerciendo estas funciones de forma pública, directa y con consentimiento del deudor, podrá calificar al refinanciador como administrador de hecho.

Por último apuntar, que hay determinados supuestos en los que no es fácil apreciar el desarrollo directo de esas funciones de administración y gestión, surgiendo figuras como la del *shadow director* o administrador oculto. Cuando concurriera la

⁶¹ Estos efectos se extenderán, cuando el juez lo considere oportuno, a los administradores de hecho que lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

figura de un administrador oculto, los administradores de derecho seguirían desarrollando sus funciones pero no actuarían de forma independiente, sino que lo harían siguiendo las indicaciones e instrucciones aportadas por el administrador oculto.

Ante estas circunstancias, parece adecuado que ese administrador oculto fuera también calificado como administrador de hecho con todo lo que ello conlleva. Ahora bien, cabe apuntar, que solamente un sector doctrinal y escasa jurisprudencia contemplan esta posibilidad. En mi opinión, no resulta tan relevante el requisito de la actuación directa y debería imputarse responsabilidad al administrador oculto, pues independientemente de que la actuación se lleve a cabo de forma directa o no, el fin conseguido por el refinanciador que ejerce las funciones de administrador es exactamente el mismo, incluso más agravado en el segundo caso, pues está coartando la libertad de actuación y la independencia que se le atribuye a los administradores de derecho.

Si bien, hay que apuntar, que en supuestos de refinanciación resulta complejo que concurren los requisitos para que se le pueda atribuir al refinanciador la condición de administrador de hecho, pues más allá de que la actuación sea directa o no, como hemos visto, entre los requisitos que se exigen para atribuir tal condición figura el ejercicio continuado en el tiempo de tal labor, no siendo esto habitual en el caso de las refinanciaciones que se producen únicamente en situaciones de crisis empresarial.⁶²

Recordando, siempre y en todo caso, que le corresponderá al juez, a la vista de las condiciones particulares del caso, decidir si se atribuye tal condición o no al refinanciador.

⁶²Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. *“Preconcurso y acuerdos de refinanciación”*. Adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de Octubre, de reforma de la Ley Concursal. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2012. pág. 610 y ss.

Capítulo II

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS (TÍTULO X LC).

5.1.- Qué es un acuerdo extrajudicial de pagos.

La Ley de emprendedores aprobada en septiembre de 2013, introdujo en la ley concursal, a través de la creación de un título X, el acuerdo extrajudicial de pagos.

Es un mecanismo que gira sobre la base de la resolución extrajudicial de conflictos y que trata de dar una solución consensuada entre deudor y acreedores a la situación de insolvencia o de dificultad económica que viene atravesando el deudor.

La insolvencia, al igual que ocurría con los acuerdos de refinanciación puede ser actual o inminente, y en todo caso, deberá determinarse la concurrencia o no de la misma atendiendo al artículo 2 de la Ley Concursal.

En estas circunstancias, y a pesar de lo dispuesto en el artículo 5 de la LC⁶³, se otorga la opción al deudor de poner en funcionamiento los mecanismos pre concursales que la ley prevé, para reconducir a través de un acuerdo con sus acreedores, la situación de insolvencia que le permita evitar la declaración de concurso y hacer efectivos los créditos debidos.⁶⁴

El artículo 5 bis LC señala *“En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.”* Así, al igual que ocurría con los acuerdos de refinanciación, la comunicación de inicio de negociaciones va a “congelar” el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso voluntario, e impedirá que los acreedores puedan solicitar la declaración de concurso necesario.

⁶³ Artículo 5 LC: Recoge el deber de solicitar la declaración de concurso: *“El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.”*

⁶⁴ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. *“Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.”* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014. pág. 55 y ss.

En caso de que transcurrieran los tres meses previstos para la negociación y esta no hubiera llegado a buen puerto, se otorga al deudor el plazo de un mes para que solicite la declaración de concurso salvo que ya lo hubiera hecho el mediador concursal, o que por cualquier causa se hubiera removido la insolvencia.

La introducción de este instrumento ha generado un cambio radical en la concepción de pre concursalidad consensuada que hasta ahora había imperado en nuestro sistema. Y es que, a pesar de que el acuerdo extrajudicial de pagos se equipara a la mediación, presenta algunas diferencias de calado que nos llevan a pensar que se trata de una figura autónoma.

Así, podemos decir que el acuerdo extrajudicial de pagos tal como se recoge en la ley es un *tertium genus*, ya que a diferencia de los procedimientos de mediación, que son mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos cuya finalidad es que las partes implicadas puedan alcanzar un acuerdo transaccional que ponga fin al conflicto con la ayuda de un tercero que les guíe en la negociación. El acuerdo extrajudicial de pagos no trata de resolver un conflicto entre las partes, sino que trata de promover, a instancia del deudor, un acuerdo con los acreedores que le permita remover su insolvencia y poder cumplir con lo debido.⁶⁵

Uno de los elementos fundamentales que caracterizan la mediación es que tanto la iniciación como el mantenimiento de las negociaciones tendrán carácter voluntario. Esto es, que las partes en conflicto acordarán someterse a este mecanismo de resolución con total libertad de disposición, pudiendo diseñar la forma en que se va a desarrollar la negociación y pudiendo abandonarla en cualquier momento sin ningún tipo de limitación.⁶⁶

Por su parte, el acuerdo extrajudicial de pagos, es un procedimiento que se inicia de manera voluntaria a instancia del deudor, si bien, esa libertad se verá coartada para los acreedores, pues algunos de ellos, en caso de negarse a la negociación, si se declarara el concurso, verán cómo sus créditos se clasifican como créditos subordinados.

⁶⁵ Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. "Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores." Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 316 y ss.

⁶⁶ AGÜERO ORTIZ, Alicia. "El mediador concursal como administrador extraconcursal". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2013. Sección varia.

La mediación también se caracteriza por la informalidad y flexibilidad del procedimiento. Es cierto que el procedimiento de mediación debe estar estructurado para evitar que la negociación fracase, si bien, serán las partes quienes acuerden cómo se va a desarrollar dicha negociación.

A diferencia de ello, el acuerdo extrajudicial de pagos, se apoya en un procedimiento reglado y exigente que impone a las partes el cumplimiento de requisitos y plazos. Este procedimiento, que el legislador ha desarrollado en los artículos 231 y SS. LC, supera el principio de autonomía de la voluntad al que se refiere el 1255 CC que hasta ahora ha venido presidiendo la fase preconcursal y cualquier procedimiento de mediación.

Además, el mediador concursal será designado por un notario o registrador, tal como establece el artículo 233 LC, por tanto, no corresponde a las partes su libre designación.

La labor del mediador será neutral, tratando de acercar las posturas de las partes en la negociación que deberán regirse en todo caso por los principios de oportunidad e igualdad, impidiendo la intervención del mediador concursal a favor o detrimento de alguna de las partes. El mediador no propondrá soluciones al conflicto, su labor consistirá en desbloquear a las partes en la negociación.

Otro elemento básico en la mediación es el deber de confidencialidad, todas las cuestiones que se traten en un procedimiento de mediación son de estricta confidencialidad, la ley prohíbe de manera taxativa desvelar lo tratado en mediación, esta obligación recae obviamente sobre los intervinientes y sobre el mediador.

Si bien, como excepción al régimen de mediación, y al deber de confidencialidad que preside las negociaciones, en el acuerdo extrajudicial de pagos, la regla de la confidencialidad se verá en cierto modo quebrada cuando la negociación fracase y se declare el concurso consecutivo con la consiguiente liquidación de la sociedad, pues el mediador concursal, será designado administrador concursal.

Por último apuntar que a pesar de todo ello, la figura del acuerdo extrajudicial de pagos toma como régimen supletorio el previsto para la mediación.

5.2.- Ámbito subjetivo de aplicación: Legitimación para iniciar el expediente que posibilite el acuerdo extrajudicial de pagos.

A la vista del artículo 231 de la Ley Concursal podemos señalar el único legitimado para iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos es el deudor, si bien, no cualquier deudor tendrá acceso a este procedimiento, pues la ley establece una serie de exigencias o requisitos para determinar que deudores se encuentran legitimados para negociar un acuerdo extrajudicial y además establece una serie de prohibiciones de acceso a la negociación.

Sin duda, a la vista de las exigencias de la norma, el acuerdo extrajudicial de pagos es un mecanismo reservado en exclusiva para empresarios, persona física o jurídica, no para consumidores, que quedan en todo caso excluidos de los instrumentos pre concursales de tratamiento de la insolvencia que prevé la Ley Concursal.

También apuntar que es un mecanismo que por las exigencias que la ley impone para la iniciación del procedimiento, como veremos, se encuentra exclusivamente reservado a pequeñas y medianas empresas.

En cuanto a las personas físicas legitimadas para incoar el procedimiento, señalar, que no debe considerarse únicamente la noción de *empresario persona física* en el sentido que establece la legislación mercantil, sino que debe extenderse, por expresa mención de la ley, a aquellos que desarrollen una actividad profesional con título que les habilite para el desarrollo de tal actividad, y a los trabajadores autónomos.

Como requisito cuantitativo, la norma exige en el artículo 231.1 que el deudor que quiera acogerse al mecanismo del acuerdo extrajudicial de pagos deberá acreditar a través del pertinente balance que su pasivo no sea superior a cinco millones de euros. En caso de que no exista obligación de llevar contabilidad para poder acreditar el monto del pasivo, ante la dificultad de realizar un balance *ad hoc*, a pesar de que la ley expresamente no lo señala, debería admitirse cualquier otro medio de prueba válido en derecho que generalmente se traducirá en el informe de un auditor de cuentas⁶⁷.

Por tanto para que un deudor persona física que quiera iniciar la negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores pueda solicitarlo deberán concurrir

⁶⁷ AZNAR GINER, Eduardo. "Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores." Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 320.

acumulativamente estos dos requisitos, que sea empresario persona física⁶⁸ y que el pasivo no sea superior a cinco millones de euros.

Por su parte, las personas jurídicas (sean o no sociedades de capital) también podrán acogerse a un acuerdo extrajudicial de pagos cuando cumplan las exigencias previstas en el artículo 231.2 LC que son las siguientes:

- *Que el deudor se encuentre en estado de insolvencia:* a este respecto algunos autores como AZNAR GINER⁶⁹ consideran que la insolvencia de la persona jurídica debe ser actual, excluyendo la insolvencia inminente, pues el 231.2 a diferencia del 231.1, referente a las personas físicas, no se prevé para el deudor “*que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones*”⁷⁰, simplemente dice “*que se encuentren en estado de insolvencia*”⁷¹ de ello se deduce que solo cabe la insolvencia actual. Por el contrario, PULGAR EZQUERRA⁷² interpreta este precepto de manera más laxa, entendiendo que la insolvencia podrá ser tanto actual como inminente. Ciertamente considero más adecuada la segunda interpretación porque a pesar de que la norma no señale de manera literal que la insolvencia pueda ser actual o inminente, el artículo 2 LC al que remite el apartado primero del artículo 231 interpreta la insolvencia en ese sentido, debiendo extenderse a las personas jurídicas también, puesto que la finalidad de la norma es que las empresas que se acojan a estos mecanismos pre concursales puedan superar las dificultades económicas a las que se enfrentan, siendo mucho más beneficiosos sus efectos aún cuando el deudor se encuentre en situación de

⁶⁸ Incluyendo autónomos y profesionales habilitados para el desarrollo de la actividad.

⁶⁹ AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 320.

⁷⁰ Artículo 231.1 LC: “*El empresario persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que aportando el correspondiente balance, justifique que su pasivo no supera los cinco millones de euros.*”

⁷¹ Artículo 231.2 LC: 2. También podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes condiciones:

a) Se encuentren en estado de insolvencia.

⁷² Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014. pág. 57.

insolvencia inminente, pues será más sencillo remover esa situación y así evitar la declaración de concurso.

- *Que en caso de ser declarado el concurso, dicho concurso no hubiera de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de la LC:* el artículo 190 LC, hace referencia al procedimiento abreviado previsto para aquellos concursos de acreedores que no revistan especial complejidad. Este precepto señala que ante determinadas circunstancias el juez (en el caso del acuerdo extrajudicial los encargados de determinar su concurrencia serán el Notario o Registrador) podrá apreciar la aplicación el procedimiento previsto. si bien, pueden surgir dudas en cuanto a si es suficiente que concurra uno solo de los requisitos del artículo 190 o si deben concurrir todos ellos acumulativamente para que un empresario persona jurídica pueda acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos. A este respecto, los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en la reunión celebrada en Octubre de 2013, sobre los *criterios de Aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores* señalaron por unanimidad que necesariamente, para entender que el expediente para el acuerdo ha sido bien aplicado por el notario o registrador, deberá concurrir, al menos, uno de estos requisitos⁷³:

- Que en la lista presentada por el deudor haya menos de cincuenta acreedores.
- Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.
- Que la valoración de sus bienes y derechos no alcancen los cinco millones de euros.

Estas exigencias recuerdan de nuevo que este procedimiento está enfocado para pequeños empresarios.

- La tercera exigencia que la LC prevé para que un deudor persona jurídica pueda acogerse a un acuerdo extrajudicial de pagos es *que disponga de activos líquidos*

⁷³ Conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales. Madrid. 11 de Octubre de 2013.

suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. El activo debe ser líquido o susceptible de convertirse en líquido con rapidez.

- En cuarto lugar, la ley exige *que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito, un acuerdo de pago en los términos que se recogen en el apartado primero del artículo 236 LC*: deben ser personas con activo suficiente que le permita, además de cubrir los gastos propios del acuerdo extrajudicial de pagos, alcanzar un plan de pagos en el que las esperas no podrán superar los tres años y las quitas el 25% del importe de los créditos. Así, la posibilidad de acceso al acuerdo extrajudicial de pagos se cierra para las personas jurídicas que no cuenten con activos.

Cabe la posibilidad de que un empresario persona Física o persona jurídica que *a priori* cumpla con los requisitos exigidos para acceder al mecanismo negociador, no pueda solicitarlo porque en él concurra alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 231.3 LC. Así, se restringe la posibilidad de solicitud para:

- a) *Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.*⁷⁴
- b) *Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación.*
- c) *Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieran llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.*
- d) *Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación*

⁷⁴ A este respecto, los Magistrados de lo Mercantil de Madrid, dieron respuesta a la cuestión de si en este tipo de situaciones debería hacerse una salvedad para aquellos que hayan obtenido la rehabilitación penal, concluyendo por unanimidad que: “No se entenderá comprendido en esta prohibición, los sujetos que pese a haber sido condenados penalmente, hubieran obtenido la rehabilitación, con cancelación de sus antecedentes penales, o bien con antecedentes que hubieran debido ser cancelados en el registro”. Conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales. Madrid. 11 de Octubre de 2013.

judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

La razón de ser de este precepto que delimita *numerus clausus* la posibilidad de solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos, no es otra que la concepción de este tipo de acuerdos como instituciones de *favor debitoris*⁷⁵, por lo que se pretende evitar que aquellos deudores que no han cumplido con sus obligaciones puedan beneficiarse de este tipo de acuerdos para remover su insolvencia, concepción absolutamente equivocada pues no se puede perder de vista que la finalidad de la norma no es tanto proteger al deudor como posibilitar que los acreedores puedan mediante pacto hacer efectivos sus créditos o al menos parte de los mismos.

Así, es una suerte de castigo a aquellos deudores que no han actuado de la manera esperada o debida.

Este precepto no ha quedado exento de polémica, porque además de ser un listado taxativo, que impide, ante la concurrencia de otras conductas más graves, denegar al deudor la activación de este mecanismo, si tenemos en cuenta que lo que pretenden los instrumentos pre concursales es que deudor y acreedores lleguen a un acuerdo, las omisiones a las que se refiere este artículo nada tienen que ver ni obstan a la consecución del mismo, por lo que no se entiende muy bien por qué el legislador ha optado por este criterio.⁷⁶

Resultando además excesivo, ya que algunos de los requisitos que ahora se exigen fueron removidos del artículo 104 LC referente a la propuesta anticipada de convenio con la modificación introducida por el RD 3/2009.

Además no puede encontrarse motivación alguna al último de los requisitos, más allá que la voluntad del legislador a establecer una limitación a la utilización de los institutos pre concursales. Si bien, resulta un contrasentido cuando lo que pretenden propiamente es que el deudor pueda disponer de ellos para superar las dificultades que venga atravesando, siendo además el lapso temporal estipulado muy largo, pues en una

⁷⁵ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014. pág. 58.

⁷⁶ Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 324.

situación de crisis económica y ante las dificultades financieras de muchas empresas, es más que razonable que en tres años puedan utilizar varias veces este tipo de mecanismos. O bien, puede ocurrir que el concurso se haya declarado antes del transcurso de esos tres años pero los efectos del mismo continúen dentro de ese periodo, a este respecto, también se refirieron los Magistrados de lo Mercantil de Madrid, que concluyeron que al ser una norma prohibitiva, deberá hacerse una interpretación estricta de la misma, no pudiendo impedirse el acceso al acuerdo extrajudicial a aquellos deudores cuyo concurso se hubiera declarado antes de los tres años previstos, aunque el concurso hubiera estado pendiente en ese plazo de tres años.⁷⁷

Este apartado cuarto del 231.3 LC prohíbe acceder al expediente de acuerdo extrajudicial a aquellos que en los tres años anteriores hubieran alcanzado un acuerdo de refinanciación, únicamente se refiere a los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente excluyendo al resto de acuerdos de refinanciación, pudiendo ambos mecanismos llevarse a cabo de forma sucesiva en el plazo de tres años.

Por su parte el apartado cuarto prohíbe el acceso al acuerdo extrajudicial de pagos *a quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite*. Con esta limitación, se establece la utilización alternativa de los instrumentos pre concursales, debiendo el deudor optar por uno u otro, valorando cual se adecúa mejor a su situación, pudiendo también, optar por la solicitud de concurso negociando previamente con sus acreedores una propuesta anticipada de convenio.

A este respecto, procede señalar que como se ha venido expresando a lo largo de la explicación el acuerdo extrajudicial de pagos es un mecanismo pensado esencialmente para los pequeños deudores, al contrario que los acuerdos de refinanciación, si bien, el deudor, en cada caso deberá valorar el mecanismo que más le convenga.

Por último, el párrafo quinto del artículo 231 LC prohíbe la iniciación del acuerdo extrajudicial de pagos *si un acreedor que necesariamente debiera verse vinculado por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso*. Respecto a esta prohibición es necesario realizar varias precisiones, en primer lugar señalar que la expresión “*hubiera*

⁷⁷ Conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales. Madrid. 11 de Octubre de 2013.

sido declarado en concurso” deberá interpretarse de manera restrictiva, entendiendo que tal prohibición no debe extenderse a aquellos acreedores cuyo concurso ya hubiera concluido o que a pesar de estar incurso en concurso de acreedores se hubiera aprobado un convenio que se estuviera cumpliendo cuando fuera a iniciarse la negociación, pues en ese caso los efectos del concurso, salvo los deberes de colaboración e información cesarán, quedando sustituidos por los del propio convenio, tal como señala el artículo 133 LC.^{78 79}

También apuntar que, como regla general, para el acreedor concursado, será más beneficioso, poder pactar con el deudor un aplazamiento de la deuda o una quita, que el hecho de que el deudor sea declarado en concurso, pues con probabilidad tendrá más opciones de hacer efectivo su crédito.

Además, como acertadamente señala AZNAR GINER debería discriminarse en función de la necesidad de ese acreedor concursado para alcanzar el éxito del acuerdo, pues de no ser así el simple hecho de que un acreedor, con un crédito irrelevante para la negociación, fuera declarado en concurso, frustraría la posibilidad de acuerdo, suponiendo un importante perjuicio para el deudor y el resto de acreedores.

En cuanto a los acreedores, el artículo 231 LC establece que cualquier acreedor podrá participar de la negociación salvo los acreedores públicos que no se verán en ningún caso afectados por el acuerdo⁸⁰ y los créditos garantizados con garantía real, viéndose estos últimos, afectados por la negociación únicamente si su titular de manera expresa así lo decide y comunica en el plazo de un mes desde la recepción de la convocatoria al mediador concursal.

Si bien, apuntar que en caso de que ese acreedor con garantía real no hubiera accedido a la negociación, una vez ejecutada la garantía, subsistiera parte de su crédito, este quedará vinculado a los términos del acuerdo.

⁷⁸ Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 325.

⁷⁹ En este mismo sentido vid. Cuestión 6 de las *conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales*. Madrid. 11 de Octubre de 2013.

⁸⁰ Resultando de aplicación para estos créditos la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de Diciembre, la Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de Noviembre o el R.D.L. 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

También quedarán excluidas del procedimiento las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

5.3.- El procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos: Fase inicial:

5.3.1. La solicitud para nombrar mediador concursal.

Una vez que el deudor haya decidido acogerse al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos para alcanzar un acuerdo con sus acreedores que le permita superar la situación de insolvencia, deberá presentar solicitud de nombramiento de mediador concursal ante el registro mercantil correspondiente a su domicilio, cuando éste sea un empresario o entidad inscribible. Y cuando no lo sea, deberá presentar la solicitud ante el notario correspondiente a su domicilio, si fueran varios notarios, se entiende que el deudor contará con libertad de elección.

El criterio de delimitación del domicilio del deudor debe buscarse en el artículo 10 de la LC que señala que será el lugar donde el deudor tenga sus intereses principales, entendiéndose como el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En el caso del deudor persona jurídica se entiende que será el equivalente al lugar del domicilio social.

Para el deudor persona jurídica, el artículo 232 LC atribuye la facultad decisoria para la iniciación del procedimiento al órgano de administración o en su caso, al liquidador. Esta precisión parece lógica pues se trata de una cuestión que indudablemente afecta a la gestión de la sociedad, función que es encomendada por la Ley de Sociedades de Capital a los administradores sociales.⁸¹

En cuanto a la forma de presentación de la solicitud la ley exige que sea presentada por el deudor o su representante mediante instancia firmada, y en caso de que se presente ante el Registro Mercantil, la norma prevé que la solicitud pueda realizarse a través de medios telemáticos.

Cuando la solicitud se realice ante notario, parece que será suficiente con instar un acta, pidiendo la designación del Mediador Concursal.

⁸¹ Artículo 209 LSC: “Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.”

Aquí, una vez más se hacen patentes las diferencias entre la mediación prevista en la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (en adelante, LMACM) y el procedimiento previsto en la LC, pues, como ya se ha señalado, para someterse a mediación se requiere el acuerdo de las partes y estas serán las encargadas de determinar quién será el mediador, por el contrario, en el ámbito del acuerdo extrajudicial la solicitud se hará a instancia del deudor, con independencia de la voluntad de los acreedores, y además, el nombramiento no le corresponde a las partes sino al Registrador Mercantil o al Notario.

5.3.2. El contenido de la solicitud.

Respecto al contenido de la solicitud, cabe decir que se trata de una instancia sencilla, por la que se solicita la designación del Mediador Concursal, que deberá acompañarse de una serie de documentos a los que alude el 232.2 LC, debiendo hacer constar:

- a) El efectivo y los activos líquidos de los que el deudor dispone.
- b) Los bienes y derechos de que sea titular.
- c) Los ingresos regulares previstos.
- d) Una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de sus respectivos créditos.
- e) Una relación de los contratos vigentes.
- f) Una relación de gastos mensuales previstos.

En caso de que el deudor fuera persona casada en régimen de gananciales o de participación, deberá indicar la identidad de su cónyuge haciendo constar también el régimen económico matrimonial. Por su parte, si el deudor estuviera obligado a llevanza de contabilidad deberá aportar también las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios.

Una vez realizada la solicitud y aportada la documentación pertinente le corresponderá al Registrador o al Notario realizar un control de legalidad de la misma debiendo rechazarla cuando concurra, como veremos más adelante, alguna de las causas de inadmisión de la solicitud.

5.3.3. Tipos de expediente para la designación del mediador concursal.

Como ya se ha señalado, si el deudor es un empresario o entidad inscribible, la solicitud de designación de mediador concursal se hará ante el Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor.

En este caso, una vez presentada la solicitud, el registrador procederá a practicar el correspondiente asiento registral en el que figure la presentación de la solicitud, abriendo a su vez expediente para hacer constar aquellas incidencias que acaezcan durante el procedimiento.

Además, el artículo 232.3 LC señala que para el caso de que el deudor no figurase inscrito, el registrador deberá proceder a la apertura de la hoja correspondiente. Como bien indica AZNAR GINER, esta puntualización podría llevarnos al equívoco al poder pensar que es contradictoria con lo dispuesto en el artículo 231.3.2 LC cuando señala que: *no podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial los sujetos a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación*. Si bien, el 232.3 LC únicamente se refiere a los deudores cuya inscripción sea facultativa, es decir, al empresario individual.⁸² Así pues, no existe tal contradicción, porque en el caso de que la inscripción fuera obligatoria y no se hubiera realizado con anterioridad, la solicitud sería rechazada ex artículo 231.3.2 LC.⁸³

Sensu contrario, en el resto de supuestos, cuando el deudor sea un empresario o entidad no inscribible, la designación del mediador concursal le corresponderá al notario, que también deberá registrar la solicitud y abrir el correspondiente expediente. Si la designación se hace a través de acta notarial el notario deberá realizar en la solicitud sucesivas diligencias hasta el nombramiento.

El mediador concursal, será designado a través del listado oficial de mediadores concursales suministrado por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia debiendo reunir los requisitos previstos en la LMACM y en la LC.⁸⁴

⁸² A excepción del naviero.

⁸³ Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 332.

5.3.4. Causas de inadmisión de la solicitud.

De acuerdo al artículo 232.3 LC el registrador o el notario, según proceda, podrá inadmitir la solicitud cuando el deudor no cumpla con los requisitos legalmente exigidos para poder alcanzar el acuerdo extrajudicial, cuando el deudor se encuentre en alguna de las situaciones previstas por los apartados 3 ó 4 del artículo 231 LC o cuando algunos de los documentos que la ley exige que el deudor adjunte a la solicitud fueran insuficientes o incompletos.

El Registrador o Notario, al recibir la solicitud deberá ejercitar un control formal de legalidad, revisando la documentación aportada y percatándose de la no concurrencia de las causas de inadmisión.

En el caso de que la documentación e información debida fuera incompleta, la norma no prevé un régimen de subsanación consistente en instar al deudor a que complemente lo exigido en los términos previstos por la ley, si bien, y a pesar de que parte de la doctrina señala que al no existir dicho procedimiento subsanatorio directamente debería declararse la inadmisión, considero que sería lógico para favorecer la consecución del acuerdo extrajudicial que el notario o registrador que al realizar el control de legalidad se percatara de la falta de algún documento instara al deudor a presentarlo en un plazo razonable, procediendo en caso de que no lo hiciera a declarar la inadmisión de la solicitud.

5.3.5. Nombramiento del Mediador y aceptación del cargo.

Una vez efectuado el control de legalidad y admitida la solicitud, el Registrador o Notario deberá designar al Mediador Concursal de acuerdo a lo previsto en el artículo 233 LC.

El Mediador Concursal es la piedra angular del procedimiento extrajudicial de pagos, pues será el encargado de guiar el procedimiento y a las partes implicadas en la negociación.

A la vista de la Ley, será mediador una persona física o natural a la que de forma secuencial le corresponda entre las que figuren en el listado publicado en el Boletín

⁸⁴ MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando. *“El Acuerdo Extrajudicial de Pagos en el Proyecto de Ley de emprendedores.”* Gómez-Acebo & Pombo. 2013. N. 52.1 gomezacebo-pombo.com

Oficial del Estado, dicho listado será suministrado por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia. Además deberá concurrir alguna de las exigencias previstas para la designación de administrador concursal en el artículo 27 LC.⁸⁵

Así, podrán ser mediadores los administradores concursales que hubieran realizado algún curso de especialización en mediación⁸⁶ y además se exige *ex* artículo 27 LC que el mediador concursal cumpla con una serie de condiciones subjetivas, bien, siendo abogado en ejercicio con al menos cinco años de experiencia profesional que acredite formación especializada en derecho concursal, o bien, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas también con cinco años de experiencia y especialización concursal.

Una vez que el Notario o Registrador proceda a la designación del mediador concursal, deberá, por cualquier medio que deje constancia de la fecha de recepción de la notificación, comunicar al mediador concursal su nombramiento. Debiendo este aceptar su cargo en el plazo de cinco días a contar desde la recepción de la notificación.⁸⁷

Esto lo dispone el Reglamento del Registro Mercantil respecto a la regulación del Experto Independiente, a ella debe acudirse tal como señala la LC en todo lo no previsto respecto al Mediador Concursal.

Así, en caso de que el plazo transcurra sin haber comparecido el designado, independientemente de la causa que se lo hubiera impedido, el nombramiento caducará debiendo procederse a efectuar una nueva designación del mediador concursal.

⁸⁵ Artículo 233 LC.

⁸⁶ De acuerdo a las exigencias de la LMACM.

⁸⁷ Artículo 344 RRM:

1. El nombramiento se notificará al experto designado por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación.

2. En el plazo de cinco días a contar desde la fecha de la notificación deberá el nombrado comparecer ante el Registrador para aceptar el cargo, lo cual se hará constar por diligencia en la instancia archivada en el Registro.

Aceptado el cargo, se extenderá el correspondiente asiento en el Libro de nombramientos de expertos y auditores, indicándose el número de expediente.

3. Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior sin haber comparecido el designado, cualquiera que fuese la causa que lo haya impedido, caducará su nombramiento, procediendo el Registrador a efectuar un nuevo nombramiento.

Si el designado entendiera que incurre en alguna prohibición, incompatibilidad o incapacidad deberá comunicárselo al designante para proceder a nombrar a otro nuevo.⁸⁸

Respecto a la posibilidad de recusar al mediador, el artículo 342 RRM. Señala que los interesados podrán recusar al mediador alegando la concurrencia de causa legítima para ello, debiendo comunicárselo al Notario o Registrador que lo haya designado. A su vez, el Notario o Registrador deberá poner en conocimiento del mediador designado esta circunstancia a través de notificación que hará llegar al mediador por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha de recepción. Si en el plazo de cinco días el mediador no se opone a esa recusación ante el Notario o el Registrador, se procederá al nombramiento de otro mediador.

En caso de oposición del mediador a la recusación el Notario o Registrador deberá resolver en el plazo de dos días.

Por último, el artículo 342 RRM señala que los interesados podrán recurrir la resolución en el plazo de quince días a contar desde la fecha de notificación de la misma ante la Dirección General de Registros y Notariado.

Una vez aceptado el cargo por el mediador concursal, el artículo 233.3 LC señala que éste deberá facilitar al notario o registrador una dirección electrónica que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 29.6 LC⁸⁹ a fin de que los acreedores puedan remitirle cualquier comunicación o notificación.

También, el registrador o notario deberá proceder a dar la pertinente publicidad al nombramiento notificándoselo (por notificación o copia) a:

⁸⁸ Artículo 341 RRM:

1. Son causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los peritos por la legislación procesal civil.
2. Cuando el experto nombrado fuese incompatible deberá excusarse inmediatamente ante el Registrador, quien, previa notificación a los interesados, procederá a la designación de otro nuevo.

⁸⁹ Artículo 26 LC: “La dirección electrónica que se señale deberá cumplir las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones”

- a) Los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda.
- b) Además se procederá a la comunicación de oficio al juez competente para la declaración del concurso ordenando su publicación en el Registro Público Concursal⁹⁰. Es relevante este punto, pues esta comunicación propiciará que surtan los efectos del artículo 5 Bis LC impidiendo que se inste a la declaración de concurso necesario y que pueda calificarse el concurso como culpable por declaración extemporánea *ex* artículo 165.1 LC en los mismos términos que vimos para los acuerdos de refinanciación, si bien, señalar que lo peculiar de los acuerdos extrajudiciales de pago es que no será el deudor quien deba poner en conocimiento del juez el inicio de las negociaciones, sino que el encargado de hacerlo será el notario o registrador competente para designar al mediador concursal. En caso de que transcurrieran tres meses desde esa comunicación y publicación en el Registro Público Concursal sin haber logrado remover la situación de insolvencia, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso en el mes hábil siguiente, *si el mediador concursal no lo hubiera solicitado antes*, esta previsión del artículo 5 bis LC supone que en caso de que las negociaciones fracasaran, el mediador concursal de manera inmediata solicitará la declaración de concurso del deudor.
- c) También, el notario o registrador deberá comunicar de manera inmediata a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la seguridad social, independientemente de que sean o no acreedores (recordemos que los créditos de derecho público quedan expresamente excluidos del acuerdo extrajudicial de pagos por mandato del artículo 231 LC). También se comunicará a la representación de los trabajadores, debiendo señalar si cabe su derecho a personarse en el procedimiento.

⁹⁰ Tal como señala el artículo 13 del RD 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público concursal, el notario o registrador remitirá certificación o copia del acta, haciendo constar en todo caso:

- La identidad del deudor, incluido su número de identificación fiscal.
- La fecha de presentación de la solicitud por el deudor.
- La fecha en que se ha admitido la apertura del procedimiento.
- La fecha de aceptación del mediador concursal.
- La identificación del mediador, incluido su número de identificación fiscal, y la dirección de correo electrónico facilitada a fin de que los acreedores puedan contactar con él.

Una vez cumplidos todos estos requerimientos comenzará la actuación del mediador concursal, como puede observarse, la norma una vez más se separa de la idea de voluntariedad de las partes en el nombramiento del mediador, estableciendo todos estos requisitos para su designación, quedando patente una vez más, el hecho diferenciador del mediador concursal.

5.3.6. Efectos para las partes producidos por la iniciación del expediente que solicita el nombramiento del mediador concursal.

La aceptación del mediador concursal y la apertura del expediente sometida, a la publicidad adecuada, va a producir una serie de efectos para las partes implicadas en la negociación.

Para el deudor, como hemos visto, la iniciación del expediente afectará a los plazos para la solicitud del concurso del artículo 5 de la LC, pues tal y como establece el artículo 5 bis LC si antes del vencimiento del plazo de dos meses para la solicitud del concurso, el notario o registrador que ha designado mediador concursal pone en conocimiento del juez competente para la declaración de concurso el inicio de las negociaciones, los acreedores no podrán instar a la declaración de concurso necesario, e impedirán que transcurriendo ese plazo de dos meses se pudiera imputar una actuación culpable al deudor que supusiera la calificación culpable del concurso *ex* artículo 165 LC.

Por su parte, el artículo 235.1 LC, señala entre los efectos de apertura de expediente que el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional, cuestión que parece lógica y acorde a esta situación, pues permitirá de manera más sencilla superar la insolvencia y hacer efectivos los créditos de los acreedores. Si bien, si continuamos leyendo el precepto aludido, veremos cómo inexplicablemente el legislador pone fuertes cortapisas a esta continuación de la actividad del deudor, impidiéndole solicitar préstamos o créditos, ordenando la devolución a las entidades de las tarjetas de crédito de las que sea titular y la abstención de la utilización de medios de pago electrónicos. Medidas que chocan frontalmente con esa voluntad de continuación.

Respecto a los acreedores, de acuerdo a lo previsto en el artículo 235.2 LC, cabe señalar que aquellos que pudieran verse afectados por el acuerdo extrajudicial *no podrán iniciar ni continuar ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el*

*acuerdo hasta un plazo máximo de tres meses.*⁹¹ Así, para los acuerdos extrajudiciales, al igual que para los acuerdos de refinanciación,⁹² se prevé la *automatic stay*, medida que actúa como un “escudo protector” impidiendo que durante las negociaciones se ejecuten bienes que resultan absolutamente necesarios para la continuación de la actividad del deudor, quedando excluidos, una vez más, los créditos de derecho público.

Respecto a los acreedores con garantía real, el artículo 235 LC señala que, en ese caso, la decisión de iniciar o continuar la ejecución recaerá sobre el acreedor, si bien, en el caso de que decida iniciar o continuar la ejecución quedará excluido de la participación en el acuerdo extrajudicial de pagos.

De esta manera, una vez presentada la solicitud de nombramiento del mediador concursal y practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, los acreedores no podrán instar el embargo o secuestro de los bienes del deudor, salvo que sean acreedores de derecho público o acreedores con garantía real no participantes, por consiguiente, en el acuerdo extrajudicial.

Respecto a los acreedores que gozaran de garantía personal frente al deudor para la satisfacción de sus créditos, el artículo 235 LC, en su apartado quinto, señala que podrá ejercitarla siempre que el crédito hubiera vencido. Ello, *sin poder el garante invocar la solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante*.

Si pensamos en el supuesto más habitual de garantía real, que es la fianza, debe ponerse en conexión este precepto con los artículos 1835 y 1851 CC, señalando en primer lugar, que cuando el deudor, contra la voluntad del fiador, hubiera suscrito un acuerdo con el acreedor, dicho acuerdo no surtirá efectos frente al fiador⁹³.

Por su parte, en el caso de que fruto del acuerdo extrajudicial, se pactara una espera, hay que prever dos situaciones posibles *ex* artículo 1851 CC Por un lado, cuando la espera

⁹¹ Que deberán computarse desde el momento de la publicación de la apertura del expediente, tal como se desprende del artículo 235LC.

⁹² Para el acuerdo extrajudicial de pagos la *automatic stay* se introdujo con la aprobación del Título X LC en la ley 14/2013, sin embargo para los acuerdos de refinanciación esta medida no se preveía, siendo posteriormente introducida por el R.D. 4/2014.

⁹³ Artículo 1835 CC:

“La transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal. La hecha por éste tampoco surte efecto para con el fiador, contra su voluntad”.

no sea objeto de pacto entre acreedor y deudor, sino que sea un efecto derivado de la aprobación del acuerdo, el fiador se verá vinculado por dicha espera y no se extinguirá en modo alguno la fianza, pues se trata de una imposición *ex lege*, no derivada de pacto tal como exige el artículo 1851 CC. Por otro lado, cabe señalar que cuando el acreedor suscribe el acuerdo extrajudicial pactando una espera voluntaria con el deudor, sin consentimiento del fiador se extingue la fianza.

A este respecto, en mi opinión, cuando el acreedor pacte una espera con el deudor, y el fiador, no se hubiera opuesto anteriormente al acuerdo transaccional entre acreedor y deudor (lo que se deduce *sensu contrario* al artículo 1835 CC), este no podrá después oponerse a la espera pactada alegando el artículo 1851 CC, pues se entiende que cuando el fiador no se opone a la suscripción del acuerdo debe asumir los riesgos o efectos implícitos al mismo, sin ser necesario, en este caso, un consentimiento ad hoc para el pacto de la espera.

Los apartados tercero, cuarto y sexto del artículo 235 LC establecen una serie de obligaciones y facultades dirigidas a los acreedores, así, desde la apertura del expediente no podrán realizar ningún tipo de acto que mejore su situación frente al deudor. Tampoco podrán solicitar el concurso necesario mientras el deudor se encuentre negociando el acuerdo extrajudicial, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 bis LC. Por último, podrán, si así lo estiman oportuno, facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que éste realice aquellas comunicaciones que resulten necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos.

5.4.- El procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos: Fase negocial:

5.4.1. Créditos afectados y créditos excluidos por el AEP.

Como ya se ha señalado a lo largo de la exposición, cualquier acreedor podrá participar en el acuerdo extrajudicial, viéndose únicamente excluidos los acreedores de derecho público y aquellos que ostenten garantía real, otorgando la ley a éstos últimos la facultad de incorporarse al acuerdo extrajudicial cuando en el plazo de un mes a computar desde que se recibe la convocatoria a los acreedores, pusieran en conocimiento del mediador concursal su voluntad expresa de participar en el mismo.

5.4.2. Comprobación, existencia y cuantía de los créditos.

Una vez aceptado el cargo y cumplidos todos los requisitos formales que la ley establece, la primera actuación del mediador concursal irá dirigida a la comprobación de la existencia y la cuantía de los créditos. Dado que la lista de acreedores es una manifestación unilateral del deudor, su contenido ha de ser objeto de examen por parte del mediador concursal, no debiendo ser una simple comprobación formal, sino también de contenido, procediendo a eliminar aquellos créditos improcedentes o revisar aquellos cuya cuantía no sea realmente la que el deudor señala.

Para desarrollar este análisis, el mediador concursal deberá utilizar la documentación aportada por el deudor pudiendo solicitarle toda aquella información contable que estime pertinente, procediendo, a la vista de la misma, a eliminar o añadir los créditos oportunos. Determinando, en su caso, su cuantía real. En el caso de que el mediador concursal considere oportuno solicitar cualquier otro tipo de información a ciertos acreedores para desarrollar esta labor inspectora también podrá hacerlo.

5.4.3. Convocatoria a los acreedores a reunión y comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones.

Tal como señala el artículo 234 LC el mediador concursal, en los diez días siguientes a la aceptación del cargo deberá, además de comprobar la existencia y cuantía de los créditos, convocar al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor, (y se entiende que comprobada y en su caso modificada por el mediador)⁹⁴, a una reunión que deberá celebrarse en la localidad del domicilio del deudor.

La reunión se celebrará en los dos meses siguientes a la aceptación del mediador, con el objetivo de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago por las deudas que recayeran sobre el deudor al tiempo de solicitar la designación del mediador concursal.

No serán convocados a la reunión, los acreedores de derecho público pues quedan excluidos *ex lege* de formar parte de la negociación.

⁹⁴ Podrán ser convocados acreedores que no se encontraran recogidos en la lista suministrada por el deudor, cuando el mediador haya comprobado la existencia de sus créditos y los haya incluido. Por el contrario fruto de la inspección realizada por el mediador podrán excluirse determinados acreedores que indebidamente fueron incluidos por el deudor, o podrá verse modificada la cuantía de sus créditos evitando así inclusiones o cuantías fraudulentas dirigidas a la consecución de mayorías ficticias que permitan alcanzar el acuerdo.

Por su parte, los acreedores con garantía real, si serán convocados a la reunión y deberán expresar, una vez recibida la convocatoria, su voluntad de participar en el acuerdo extrajudicial, debiendo comunicar su decisión al mediador concursal en el plazo de un mes. Así, la ley establece una especie de cláusula “*opting out*” para los acreedores titulares de crédito con garantía real que podrán decidir sobre su participación.

El plazo de diez días para realizar las labores de comprobación de créditos y la convocatoria de los acreedores, dado que la norma no establece un modo de cómputo *ad hoc*, deberá contarse desde el día siguiente a la aceptación del cargo, y de acuerdo a lo que dispone el artículo 5 CC computarán los días inhábiles y no podrá ser dicho plazo objeto de prórroga ante la falta de previsión de la ley, si bien, este plazo puede resultar insuficiente para la comprobación de toda la documentación y de los créditos para elaborar la lista definitiva de acreedores que serán convocados. Ahora bien, teniendo en cuenta que el plazo máximo otorgado por la norma para alcanzar el acuerdo, con la realización de todos los trámites previstos, parece que la celeridad será una nota característica del procedimiento.

La comunicación de la reunión a los acreedores deberá hacerse por medios electrónicos, cuando éstos hubieran facilitado al mediador concursal una dirección electrónica, el envío a la dirección facilitada desplegará plenos efectos, tal como señala el artículo 235.4 LC. Para el caso de que no se hubiera facilitado tal dirección, el mediador concursal deberá remitir la notificación de convocatoria por el medio que considere más adecuado de entre los previstos en la ley, bien sea por conducto notarial o por medio de comunicación que asegure la recepción individual y escrita.

En la notificación de la convocatoria necesariamente deberán recogerse *ex* artículo 234.3 LC: el lugar y hora de la reunión, la finalidad o intención de la consecución de un acuerdo extrajudicial de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, expresando su crédito, la fecha de concesión y vencimiento y en su caso, si las hubiera, deberá hacerse alusión a las garantías reales o personales constituidas sobre el crédito.

5.4.4. El plan de pagos: En qué consiste: Análisis comparativo con el art. 100 LC referente a la propuesta de convenio en el concurso.

La clave del éxito o del fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos reside en gran medida en el plan de pagos, al que se refiere el artículo 236 LC, éste deberá remitirse, con consentimiento del deudor, por el mediador concursal a los acreedores tan pronto como sea posible, y al menos con veinte días naturales de antelación a la celebración de la reunión a fin de que los acreedores puedan estudiarlo y decidir el sentido de su voto.

Es preciso recordar, que el mediador concursal no es designado para formular el plan de pagos. La redacción, diseño y contenido del mismo le corresponde siempre y en todo caso al deudor, actuando el mediador concursal como vehículo comunicador de las partes en la negociación.⁹⁵ Así, cabe insistir en que la única tarea que a este respecto realizará el mediador será la de transmitir a los acreedores la propuesta realizada por el deudor.

La propuesta del deudor, estará en todo caso sometida a una serie de condiciones que la ley prevé, no pudiendo las esperas o moratorias pactadas superar los tres años, y las quitas el 25% del importe de los créditos.⁹⁶ También *ex* artículo 236.2 LC la propuesta podrá consistir en una cesión de bienes del deudor a los acreedores como pago de sus deudas, es decir, lo que se hace es atribuir la posibilidad de que mediante el acuerdo o aprobación de todos los acreedores, el deudor transfiera al acreedor la posesión del bien autorizando a la liquidación del mismo, utilizando la cantidad obtenida para la satisfacción del crédito debido. La cesión de bienes tiene efecto *pro soluto*, es decir que hasta que no se enajene y liquide el bien el deudor no se verá liberado ni se extinguirá la deuda. Así, considero que quizá hubiera sido más adecuado que el legislador en lugar de la cesión de bienes hubiera previsto la posibilidad de la dación en pago con efecto *pro solvendo*, posibilitando el cumplimiento a través de una prestación distinta a la

⁹⁵ Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 346.

⁹⁶ Artículo 236.1 LC: “*Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos*”.

originariamente pactada, que suponga el cumplimiento y liberación del deudor con la simple entrega del objeto de la nueva prestación.⁹⁷

Si realizamos un análisis comparativo respecto al contenido de la propuesta anticipada de convenio que se regula en el artículo 100 LC veremos que en su apartado tercero se excluye la posibilidad de la cesión de bienes en pago a los acreedores de los créditos debidos, salvo para el caso de créditos con privilegio especial cuando medie autorización judicial⁹⁸. Lo que trata de conseguir con esta medida es evitar una “liquidación encubierta”⁹⁹.

También señalar que en el caso de que la cesión de bienes se produzca en el ámbito del acuerdo extrajudicial, entiendo que ésta no podrá extenderse a aquellos bienes que resulten esenciales para el desarrollo de la actividad empresarial o profesional, pues esa continuidad se deduce del propio espíritu del acuerdo y de la necesidad de acompañar el plan de pagos de un plan de viabilidad empresarial, como veremos. Por su parte en la propuesta de convenio a pesar de que se prohíbe la cesión de bienes salvo para el supuesto anteriormente señalado, lo cierto es que el artículo 100 LC sí prevé la posibilidad de enajenar bienes y derechos afectos a la actividad, o determinadas unidades productivas, estableciendo como condiciones que la venta se haga a una persona determinada, que el adquirente continúe con la actividad de las unidades compradas y que asuma el pago de los créditos en los términos previstos en el convenio.

En todo caso, volviendo al ámbito del acuerdo extrajudicial, cabe señalar que es posible que concurra en los acreedores, o en algunos de ellos, una combinación de estas figuras debiendo siempre adecuarse a las limitaciones referidas. Realmente si traemos a colación una vez más la idea de que la finalidad de este tipo de acuerdos es la superación de la insolvencia del deudor, se antoja extraño el hecho de que el legislador

⁹⁷ ST Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1989 (Roj. 1989/11334)

⁹⁸ Artículo 155.4 LC referente al pago de créditos con privilegio especial señala:

“La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.”

⁹⁹ NUÑEZ LAGOS, Alberto. *“El convenio del concurso: contenido y procedimiento”*. Publicaciones de actualidad jurídica Uría Menéndez. uria.com

limite las quitas y las esperas, relegando la voluntad de las partes a un segundo plano, impidiendo que éstas puedan pactar las quitas y esperas que resulten precisas para la remoción de la insolvencia.

Estas limitaciones podrían reconducirse a la idea de que la pretensión del legislador no es otra que impedir que se impongan a la minoría cargas excesivamente gravosas¹⁰⁰, si bien, este argumento no parece suficiente justificación, pues resulta sorprendente la fuerte limitación que establece el legislador para el acuerdo extrajudicial frente a la libertad de contenido que otorga a los acuerdos de refinanciación y no solo eso, porque si analizamos las exigencias previstas para el contenido del convenio concursal al que se refiere el artículo 100 LC veremos que las limitaciones establecidas no son tan rígidas, pues las esperas no serán superiores a cinco años y las quitas no podrán exceder de la mitad del importe de los créditos. Además se prevé que de manera excepcional el juez podrá autorizar motivadamente la superación de dichos límites cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad resulte especialmente relevante para la economía.¹⁰¹

Además cabe señalar que si tomamos en cuenta el artículo 239 LC referente a las causas de impugnación del acuerdo, en su apartado segundo establece que si la quita o la espera resulta desproporcionada, a pesar de respetar las limitaciones impuestas por la ley, no será admitida. Una vez más, el legislador introduce conceptos jurídicos laxos e indeterminados y no establece el criterio para determinar si una quita o espera es desproporcionada o no, a mi entender este precepto es absolutamente arbitrario e inseguro pues a pesar de cumplir los estrictos límites impuestos, no se asegura que el acuerdo no pueda ser impugnado por este motivo, así, se entiende que habrá que atender a cada caso concreto considerando que la quita o espera será desproporcionada cuando una inferior hubiera bastado para poder cumplir con los fines del acuerdo extrajudicial. Tornándose a mi entender una vez más evidente lo innecesario de estas limitaciones pues si el contenido del acuerdo se hubiera dejado a la autonomía de la voluntad de las partes, estas pactarían la solución más adecuada a la situación sin necesidad de introducir este tipo de restricciones.

¹⁰⁰ AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 348.

¹⁰¹ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014. pág. 61.

En cuanto al principio de igualdad de trato de los acreedores, a pesar de que en principio podríamos pensar que las quitas y esperas deben aplicarse a todos los acreedores con el mismo alcance, lo cierto es que pueden pactarse quitas y esperas con diferente intensidad, si bien, para que un acuerdo extrajudicial de pagos con estas características pueda aprobarse, ese trato no igualitario debe ser justificado y proporcionado evitando comportamientos abusivos a través de la exigencia de consentimiento expreso de los acreedores que soporten las condiciones desfavorables.

También cabe recordar que el plan de pagos se refiere a aquellos créditos que el deudor hubiera asumido al tiempo de presentar la solicitud, no en un momento posterior, no quedando éstos sujetos al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos.

El artículo 236 LC señala que el plan de pagos *contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones*, incluyendo, en su caso, *la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia*, y *de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollará*, también, necesariamente deberá acompañarse de un *plan de viabilidad*. Tanto el plan de continuidad como el plan de viabilidad deben ponerse en conexión con el principio de conservación empresarial al que se dirige el acuerdo extrajudicial de pagos, excluyendo a aquellos deudores cuya situación esté abocada a la liquidación, de la participación en este tipo de mecanismos negociadores de remoción de la insolvencia.

El plan de pagos, deberá acompañarse además de una *propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos y una copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público, o, al menos, de la fecha de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en la fecha de pago prevista*.

5.4.5. El plan de viabilidad.

Como ya se ha señalado, el artículo 236 LC exige que el plan de pagos vaya acompañado y conectado al cumplimiento de un plan de viabilidad. El plan de viabilidad consistirá en un análisis de la situación económica y financiera del deudor, señalando cómo esta situación puede afectar a la continuidad de la actividad empresarial.

Se trata por tanto de una previsión futura de cómo se pronostica que van a actuar esos parámetros económicos y financieros, proponiendo al respecto, una serie de medidas

que deberán adoptarse para superar la situación de dificultad económica del deudor, permitiendo la continuidad de la actividad empresarial y por consiguiente, la remoción de la insolvencia y el pago a los acreedores de las cantidades debidas.¹⁰²

Resulta evidente, el hecho de que aunque las previsiones del plan de viabilidad sean buenas y que el plan de pagos deba responder al mismo, no podrá suponer en ningún caso, la exigencia del éxito del plan de viabilidad y que asegure la continuidad empresarial, pues no es más que una previsión futura que dependerá, entre otras muchas variables, del modo en que se desarrollen las negociaciones.

En cuanto a la redacción del plan de viabilidad, se entiende, ante el silencio de la norma, que al igual que el plan de pagos el encargado de redactarlo será el deudor, pues es el máximo interesado en que el acuerdo extrajudicial salga adelante. Ante lo complejo que puede resultar para el deudor la redacción del plan de viabilidad, éste podrá buscar asesoramiento externo para su elaboración, si bien, no podemos perder de vista la situación económica comprometida a la que se enfrenta, por lo que no será conveniente que incurra en grandes costos para la elaboración de la documentación requerida.

Por último señalar que el plan de pagos debe contener un “*plan de continuación de la actividad profesional o empresarial*” ante la falta de pronunciamiento de la norma únicamente se me ocurre pensar que plan de viabilidad es una suerte de desarrollo de las directrices que se recogen en el plan de continuidad de la actividad profesional o empresarial, pues ambos instrumentos entiendo que persiguen la misma finalidad, con la única diferencia de que el plan de continuación de la actividad profesional o empresarial forma parte del contenido del plan de pagos y el plan de viabilidad es un documento *ad hoc* que debe aportarse junto al mismo, lo que me hace pensar que este segundo documento será un análisis más pormenorizado del primero.

5.4.6. Remisión del plan de pago a los acreedores por parte del mediador concursal: La posibilidad de presentar propuestas alternativas.

Tras elaborar toda la documentación requerida, el artículo 236 LC señala que el mediador concursal, tan pronto como sea posible y con una antelación mínima de veinte días deberá, con consentimiento del deudor, remitirla a los acreedores.

¹⁰² AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 350.

Remitida la documentación, los acreedores dispondrán del plazo de diez días para presentar propuesta alternativa a la remitida por el mediador concursal (y elaborada por el deudor). Esas propuestas alternativas podrán ser formuladas por alguno de los acreedores o por todos en su conjunto, y podrán surgir de manera espontánea (por propuesta unilateral) o ser fruto de una negociación.

Una vez transcurrido el plazo de los diez días naturales que prevé el 236.3 LC el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y de viabilidad definitivo aceptado por el deudor, con aquellas modificaciones propuestas por los acreedores que en su caso se hubieran introducido.

Finalmente, a la vista del apartado cuarto del artículo 236 LC, si en el plazo de diez días naturales previsto en el apartado anterior, los acreedores¹⁰³ que representen la mayoría del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo, se apartaran de las negociaciones, el mediador deberá solicitar de manera inmediata la declaración de concurso de acreedores.¹⁰⁴ Evitando de esta forma prolongar la situación previa a la declaración del concurso, mediante negociaciones que de antemano se sabe que resultarán infructuosas y cuyo único resultado se prevea que no es otro que el empeoramiento de la situación patrimonial del deudor.

5.4.7. Celebración de la reunión con los acreedores:

Tras remitir la documentación debida a los acreedores, el artículo 237 LC señala que deberá celebrarse la reunión con los “acreedores convocados”, así deberíamos entender la obligación de asistencia a la reunión de todos aquellos a los que se les remitiera el plan de pagos y el plan de viabilidad, si bien, esta denominación no parece ser la más adecuada, pues todos esos acreedores no deberán acudir a la reunión, ya que el propio artículo exonera del deber de acudir a aquellos que en los diez días anteriores a la celebración de la reunión se hubieran pronunciado sobre la aprobación o rechazo del plan de pagos.

Ante el silencio de la ley, se entiende que el rechazo o aprobación de la propuesta será definitiva, no pudiendo el acreedor revocar en un momento posterior la decisión

¹⁰³ Excluyendo en todo caso a los acreedores de derecho público y a aquellos acreedores con garantía real que hubieran decidido no participar en la negociación.

¹⁰⁴ Evidentemente, siempre que el deudor continuara siendo insolvente, pues si por cualquier circunstancia hubiera logrado remover la insolvencia no deberá solicitarlo.

tomada, medida que me parece excesiva, pues estamos ante un procedimiento extrajudicial que lo que pretende es posibilitar el acuerdo para evitar la declaración del concurso. Además, si acudimos a los preceptos reguladores de la propuesta anticipada de convenio, en concreto, al artículo 108 LC, veremos que en ese caso, el acreedor si podrá revocar su aceptación o rechazo a la propuesta.¹⁰⁵ Otro argumento que sustentaría lo inadecuado de esa imposibilidad de revocación, es que incluso durante la reunión el plan de pagos puede verse modificado, ante estas circunstancias entiendo que la ley no debería exonerar de asistencia a esos acreedores, pues aunque no participaran de manera directa en la negociación, si podrían apoyar el acuerdo si finalmente le convencen las condiciones fijadas en el plan de pagos, pues sería una oferta diferente a la rechazada en un primer momento.

Respecto a los acreedores con garantía real que no hubieran mostrado de manera expresa su voluntad de intervenir en la negociación, cabe señalar que no se verán afectados por el acuerdo y no podrán intervenir en la negociación, por lo que a la vista del artículo 237 LC, parecería que estos acreedores no tienen obligación de acudir a la reunión, si bien, si continuamos leyendo el artículo 238 LC en su apartado primero señala que cuando se constituya una cesión de bienes en pago de la deuda se requerirá el consentimiento expreso del acreedor que tenga constituida en su favor la garantía real sobre los bienes. De ello se desprende que estos acreedores deberán también acudir a la reunión.¹⁰⁶

La consecuencia que la ley prevé para aquellos acreedores que debiendo asistir a la reunión no lo hicieran y no hubieran manifestado su aprobación u oposición en los diez días anteriores, es, que en caso de que fracase la negociación y se declare el concurso sus créditos serán calificados como subordinados, esto supone que además de ver

¹⁰⁵ Artículo 108 LC:

1. Desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor podrá manifestar su adhesión a la propuesta con los requisitos y en la forma establecidos en esta ley.

2. Cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, podrá el acreedor revocar su adhesión dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de dicha lista en la Oficina judicial. En otro caso, se le tendrá por adherido en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista.

¹⁰⁶ Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 354.

postergado el pago de su crédito, perderán los derechos en el concurso y las garantías reales de las que pudiera ser titulares.

Esta causa de subordinación al igual que las recogidas en el artículo 92 LC actuará de manera automática, frente a ella, nada podrá alegar el deudor salvo probar que el presupuesto de hecho al que se conecta la subordinación no concurre¹⁰⁷.

Cabe apuntar, que a pesar de que esta penalización esté pensada para impulsar a los acreedores a la participación en la negociación¹⁰⁸, es absolutamente desproporcionada, pues las consecuencias impuestas no operan ni siquiera en el ámbito concursal, ya que aquel acreedor que no suscriba el convenio no será sancionado con la subordinación de su crédito. Además, parece que el legislador olvida que estamos ante un procedimiento extrajudicial, pues con este precepto se aleja absolutamente de la mediación cuya premisa fundamental es la voluntariedad de las partes en la continuación de las negociaciones¹⁰⁹.

Por último, procede señalar que al tratarse de una norma sancionadora deberá interpretarse siempre y en todo caso de forma restrictiva, por lo que la subordinación de los créditos únicamente tendrá lugar cuando la reunión llegue a celebrarse y esos acreedores no asistan ni hubieran expresado su apoyo u oposición a la propuesta en los diez días anteriores. No debiendo extenderse esos efectos en ningún caso a los acreedores a los que se refiere el 236.4 LC ya que se separarán de la negociación de manera previa, sin que la reunión llegara a celebrarse.¹¹⁰

¹⁰⁷ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014. pág. 62.

¹⁰⁸ Así lo expresa la propia **Exposición de motivos de la Ley 14/2013**: “Es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión.”

¹⁰⁹ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes. “La mediación mercantil, especial referencia a la mediación en el marco concursal”. *Diario La Ley*, Nº8225. Sección Doctrinal. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014.

¹¹⁰ Cuestión Nº 11 de las conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales. Madrid. 11 de Octubre de 2013.

En cuanto al contenido y desarrollo de la reunión, la Ley concursal guarda silencio, otorgando libertad a las partes para que acuerden el desarrollo de la negociación, si bien, como sabemos, al mediador concursal le corresponde presidir e impulsar las negociaciones, también podemos deducir que deberá redactar un acta de celebración de la reunión¹¹¹ que recoja los asistentes a la misma, la propuesta sometida a aceptación y en caso de que prosperara la negociación, el acuerdo alcanzado que deberá ser elevado a escritura pública tal como señala el artículo 238.2 LC.

La redacción del acta podría hacerse en el transcurso de la propia reunión o en un momento posterior por el mediador concursal, que plasmaría los términos del acuerdo alcanzado en la reunión previamente celebrada.

También, podría a estos efectos requerirse la asistencia de un notario a la reunión para que diera fe del contenido de la misma y de la propuesta realizada y en su caso aprobada, siendo ésta, a mi entender la solución más adecuada dado el efecto relevante que el acuerdo va a producir sobre los créditos de los acreedores.¹¹²

5.4.8. Posibilidad de modificar las propuestas de plan de pagos o viabilidad durante la negociación con los acreedores.

En el desarrollo de la negociación, el deudor, presentará y defenderá la propuesta de plan de pagos que elaboró y remitió a los acreedores, si bien, no se trata de una oferta inamovible, ya que en ese caso carecería de sentido la negociación, y bastaría con el mero asentimiento o la desaprobación del plan propuesto. Por ello, el artículo 237.2 LC señala que tanto el plan de pagos como el plan de viabilidad podrán ser modificados en el transcurso de la reunión por el deudor o por los acreedores con el consentimiento del deudor, dejando así espacio a la voluntad de las partes.

Esta modificación del plan de pagos o del plan de viabilidad únicamente será posible si no supone una alteración de las condiciones de pago de los acreedores que no acudan a la reunión por haber manifestado su aprobación *ex ante* en el plazo previsto.

¹¹¹ A falta de previsión legal expresa, nada obsta a que sea un tercero interviniente quien desarrolle esa función, si bien, por propia lógica jurídica no parece que esa tarea le corresponderá al mediador concursal.

¹¹² Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 355.

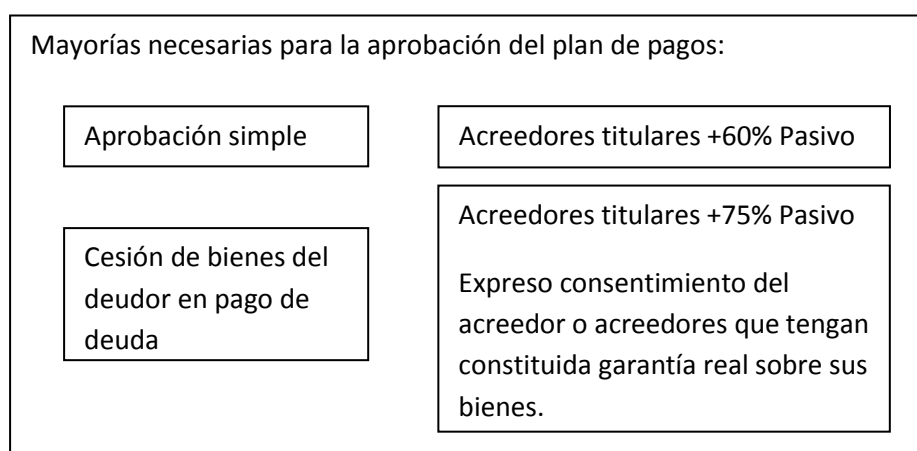
5.4.9. Aceptación u oposición de la propuesta realizada por el mediador concursal. (En qué momento se entiende aprobado el plan de pagos. Especial referencia a las mayorías necesarias.)

- Aceptación de la propuesta: efectos y consecuencias derivadas de la aceptación.

Cuando tras la negociación se obtenga el plan de pagos definitivo, los acreedores asistentes deberán votar para la aprobación o rechazo del mismo.

Así, de acuerdo al artículo 238 LC para que el plan de pagos se entienda aprobado deberán votar a favor del mismo los acreedores titulares al menos del sesenta por ciento del pasivo.

Para el caso de que el plan consista en una cesión de bienes del deudor en pago de deuda, el plan deberá contar con la aprobación de acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo y con la aprobación expresa del acreedor o acreedores que tengan constituida a su favor garantía real sobre esos bienes.



En ambos casos, esas mayorías se computarán exclusivamente sobre el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y los acreedores del mismo.

Si el plan de pagos resultara aprobado por estas mayorías, el artículo 240 LC establece que se desplegarán una serie de efectos. En primer lugar, un efecto novatorio y es que, ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por las deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente,

pudiendo el deudor solicitar al juez competente la cancelación de los embargos que se hubieran ordenado.

En segundo lugar, el artículo 240 LC señala que los créditos de los acreedores afectados¹¹³ quedarán sometidos a la quita o espera pactada. En caso de que se acordara la cesión de bienes del deudor a los acreedores como medio de pago de igual modo se entenderán extinguidos en todo o en parte, según lo acordado; puntualizando que en todo caso, los acreedores conservarán las acciones que les sean propias por el crédito íntegro, frente a los obligados solidarios y los garantes personales del deudor.¹¹⁴

Si se alcanzaran las mayorías previstas y el acuerdo fuera aprobado, el artículo 238 LC señala que deberá elevarse a escritura pública inmediatamente, cerrando así el expediente que el notario abrió para dar comienzo al procedimiento. La ley no señala si el notario debe ser el mismo que abrió expediente o si puede ser otro diferente, en principio por razones obvias lo deseable sería que fuera el mismo.

En el caso de que el expediente hubiera sido abierto por el registrador mercantil deberá presentarse ante el Registro Mercantil copia de la escritura a fin de que el registrador pueda cerrar el expediente.

Además, el notario o el registrador mercantil deberán comunicar el cierre del expediente al juzgado competente para conocer del concurso y remitir certificación o copia a los registros públicos para que cancelen las anotaciones que hubieran sido practicadas.

También se publicará la existencia del acuerdo en el BOE y en el Registro Público Concursal a través de un anuncio que como señala el artículo 238 LC y el 14 del RD 892/2013 por el que se regula el Registro Público Concursal, deberá contener la siguiente información:

- Los datos de identificación del deudor, incluyendo su número de identificación fiscal.
- El registrador o notario competente.

¹¹³ Serán todos los acreedores del deudor, excepto los acreedores de derecho público y aquellos acreedores con garantía real que decidieron no intervenir en la negociación.

¹¹⁴ En este caso debe entenderse por “crédito íntegro” el resultante del acuerdo, pues el fiador no podrá obligarse a más que el deudor, y en el caso de la obligación solidaria, si no fuera así se produciría un enriquecimiento injusto del acreedor, provocando un perjuicio patrimonial al resto de deudores solidarios.

- El número de expediente de nombramiento del mediador.
- El nombre del mediador concursal, incluyendo su número de identificación fiscal, indicando que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil o notaría correspondiente.

Una vez cumplidos todos estos requisitos formales, en el caso de que se hubiera alcanzado el acuerdo, se dará por finalizado el procedimiento a expensas del cumplimiento efectivo del mismo que *ex* artículo 241 LC deberá supervisar el mediador concursal, una vez que el acuerdo haya sido íntegramente cumplido en los términos previstos, éste deberá hacerlo constar en un acta notarial que se publicará, de nuevo, en el BOE y el Registro Público Concursal.

En caso contrario, si el mediador concursal constata que el acuerdo extrajudicial de pagos está siendo incumplido por el deudor, el mediador deberá instar a la declaración de concurso, presumiéndose *iuris et de iure* que el deudor se encuentra en estado de insolvencia. Si bien, es obvio que si el deudor no fuera insolvente o hubiera superado esa situación de dificultad económica o financiera, a pesar de no cumplir con los términos previstos en el acuerdo, no podría declararse el concurso, pues no concurrirían los requisitos objetivos que la Ley Concursal exige para la declaración de concurso en el artículo 2 LC. Ante estas circunstancias y atendiendo al artículo 1124 CC que en caso de incumplimiento otorga al perjudicado la posibilidad de decidir entre cumplimiento y resolución de la obligación con el pago de los correspondientes intereses y la indemnización de daños. En mi opinión, dada la apreciación de mala fe por parte del deudor que se ha beneficiado de la novación acordada en el acuerdo extrajudicial y aun así no ha cumplido, deberían establecerse una suerte de sanciones al deudor devolviendo al menos las cosas a su estado original, es decir, haciéndole responder por el monto total de la deuda inicial, y no solo por los daños y perjuicios que suponga el incumplimiento de la obligación novada.

- **Oposición a la propuesta: efectos y consecuencias derivados de la no aceptación.**

En caso de que el plan de pagos no fuera aceptado por los acreedores y el deudor continuara incurrido en estado de insolvencia, el artículo 238 LC prevé que el mediador concursal deberá solicitar inmediatamente al juez competente la declaración de concurso que éste, a su vez, también deberá declarar de manera inmediata, dando lugar a una modalidad específica de concurso, el concurso consecutivo que más adelante abordaremos. Esta solicitud será procedente siempre que el deudor permanezca en estado de insolvencia, cuestión que deberá valorar el mediador concursal. En caso contrario, no se abrirá el concurso, pues a diferencia de lo anteriormente señalado, aquí no media incumplimiento, sino, simplemente falta de acuerdo, y no necesariamente ese deudor deberá permanecer en estado de insolvencia, pues la insolvencia actual no parece ser requisito *sine qua non* para iniciar la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos¹¹⁵, además la insolvencia puede ser removida por cualquier circunstancia sobrevenida.

Es relevante apuntar, respecto a la carga de la solicitud del concurso, a diferencia de lo que ocurre, en el concurso “ordinario” devenido de la situación de insolvencia del deudor, o de lo previsto para el caso de fracaso de los acuerdos de refinanciación, donde el deudor necesariamente se verá abocado a solicitar el concurso voluntario, en este caso, la obligación recae sobre el tercero que ha guiado el proceso negociador, sobre el mediador concursal.

El mediador Concursal se encuentra legitimado para solicitar la declaración de concurso por el artículo 3 LC que señala que: *“Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley.”* Si bien, señalar que atendiendo al artículo 242 no resulta una atribución exclusiva al mediador, sino que podrán hacerlo también los acreedores y el deudor. La única diferencia es que en el caso de los acreedores, de acuerdo a lo previsto en el artículo 15.3 LC no podrán hacerlo hasta que no transcurra el plazo de tres meses desde la comunicación de inicio de las negociaciones, y el deudor y el mediador podrán solicitarlo en cualquier momento, y de

¹¹⁵ A este respecto *Vid.* Página 64.

forma inminente desde que tuvieran constancia del hecho que origina el fracaso de la negociación.¹¹⁶

Por último, apuntar que el artículo 238 LC establece que el mediador concursal deberá instar al juez a la conclusión del concurso cuando la masa activa sea insuficiente, remitiendo a los términos expuestos en el artículo 176 bis LC que señala que procederá la conclusión del concurso desde su declaración cuando la masa activa sea insuficiente, no siendo en ese caso previsibles las acciones de reintegración, impugnación o responsabilidad de terceros ni se calificará el concurso como culpable.

Este artículo nos da la clave sobre lo que debemos entender por insuficiencia de masa activa que será *cuando el patrimonio del concursado no sea suficiente para satisfacer los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que esas cantidades están garantizadas por un tercero.*

5.4.10. Impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos.

Para comprender los mecanismos de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos debemos remitirnos al artículo 239 LC que establece que aquellos acreedores que no hubieran sido convocados (acreedores de derecho público), que no hubieran votado a favor del acuerdo o que hubieran manifestado de acuerdo al artículo 237.1 LC su oposición, podrán impugnarlo ante el juez competente para conocer del concurso en los diez días siguientes a su publicación.

Es muy relevante señalar respecto al cómputo del plazo que en este caso no nos movemos en el ámbito procesal, pues lo que se impugna no es una resolución judicial, si no un acuerdo extrajudicial, por ello se debe acudir a lo establecido en el CC para el cómputo general de plazos, el artículo 5 CC establece que el cómputo empezará a contar al día siguiente del señalado, por tanto en este caso el cómputo de los diez días será desde el día siguiente a la publicación.

El artículo 239 señala de manera taxativa los supuestos en que puede impugnarse el acuerdo, reduciéndose únicamente a los siguientes supuestos:

- Falta de mayorías exigidas en el artículo 238 LC teniendo en cuenta en su caso, a los acreedores no convocados, a este respecto señalar que el legislador no es

¹¹⁶ Constatando en todo caso que el deudor se encuentra o continúa en estado de insolvencia.

claro cuando dice “*teniendo en cuenta en su caso a los acreedores no convocados*”, pues el artículo 238 LC señala que las mayorías se computarán únicamente sobre el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo, de lo que se debe deducir que tal puntualización debe interpretarse como un mero recordatorio del legislador a los acreedores que pretendan impugnar el acuerdo, sensu contrario, el legislador estaría incurriendo en una incongruencia respecto al modo de computar las mayorías expresadas en el artículo 238 LC.

- La segunda causa hace referencia a la superación de los límites establecidos en el artículo 236.1 LC, esto es, que las esperas o moratorias pactadas no podrán superar los tres años y las quitas el 25% del importe de los créditos.
- Finalmente, se establece como causa de impugnación el hecho de que la quita o espera pactada resulte desproporcionada, esto supone que aunque la espera pactada no supere los tres años y la quita el 25% del crédito podrá impugnarse cuando no es proporcionada, así será necesario analizar en cada caso concreto si resulta o no pertinente a través de un examen de necesidad, es decir, se valorará si la quita o la espera en los términos pactados resulta imprescindible para que el deudor pueda superar la situación de insolvencia y continuar con su actividad económica. Añadiendo además lo que los jueces de lo mercantil de Madrid en la reunión mantenida en torno a los criterios de aplicación de la Ley de emprendedores en materia concursal, señalaron, y es que la desproporción deberá analizarse respecto al *concreto acreedor, atendiendo a la naturaleza, origen y circunstancias de su crédito, valorando especialmente si existe un trato diferencial entre los distintos acreedores*.¹¹⁷

Como ya se ha señalado, el artículo 239 LC es un precepto *númerus clausus* en cuanto a los motivos de impugnación, por consiguiente cualquier otro motivo fuera de los anteriormente expresados no será oponible al acuerdo. El motivo de que las causas de impugnación se encuentren tan delimitadas no es otro que favorecer que el acuerdo llegue a buen puerto y sea efectivo. Tratando a su vez de buscar un equilibrio otorgando a los acreedores no convocados, que no hubieran votado a favor del acuerdo o que con anterioridad a la celebración de la reunión hubieran manifestado su oposición al acuerdo

¹¹⁷ Cuestión N° 14 de las *conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales*. Madrid. 11 de Octubre de 2013.

un mecanismo de defensa dando cabida a un control de oportunidad a esos acreedores que únicamente se aprecia en sede de impugnación.

Así, en el ámbito del acuerdo extrajudicial de pagos no encontramos en la norma mención expresa a la superación del principio de relatividad de los contratos a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los acuerdos de refinanciación con la DA 4, cuestión que probablemente se corrija en sucesivas reformas otorgando seguridad jurídica a los acreedores disidentes o no participantes.¹¹⁸

La impugnación tal como señala el artículo 239 LC se tramitará a través del procedimiento del incidente concursal al que se refieren los artículos 192 y SS. LC. Así, para impugnar un acuerdo extrajudicial deberá interponerse una demanda¹¹⁹ solicitando que el acuerdo sea anulado, y dejando, por consiguiente, sin efecto las consecuencias derivadas del mismo.

La resolución de la demanda de impugnación se hará a través de sentencia que dictará el juez competente para conocer el concurso. En caso de que el juez estimara que concurre

¹¹⁸ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. *“Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.”* *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014. pág. 64.

¹¹⁹ Que deberá en todo caso cumplir los requisitos establecidos en el artículo 399 LEC:

1. El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.
2. Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado, cuando intervengan.
3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.
4. En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.
5. En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente.

la causa de impugnación alegada, el acuerdo se anulará y también lo harán los efectos derivados de la novación pactada.¹²⁰ Debiendo el juez en la misma resolución decretar la apertura del concurso consecutivo del deudor.

En el caso de que el deudor haya superado la situación de insolvencia, deberá acreditarlo debidamente ante el juez, pues en ese caso es evidente que no procederá la declaración del concurso independientemente de que el acuerdo extrajudicial se hubiera decretado nulo. El deudor podrá acreditarlo bien dentro del procedimiento de impugnación (que sería lo deseable) o bien, con la interposición del correspondiente recurso de apelación frente a la sentencia que decretara la apertura del concurso consecutivo.

La sentencia de impugnación deberá ser publicada en el BOE y en el Registro Público Concursal, además será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente tal como señala el artículo 239 LC en sus apartados cuarto y quinto. En el recurso de apelación evidentemente se solicitará la desestimación de la concurrencia de la causa de estimación alegada, dando subsistencia al acuerdo extrajudicial, evitando así la declaración de concurso consecutivo.

5.5.- El fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos:

5.5.1. El Concurso consecutivo: Especialidades: Artículo 242 LC.

Como ya se ha anunciado a lo largo de la exposición, el concurso consecutivo será la consecuencia del fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos, bien por no haber sido posible la consecución del acuerdo durante la negociación, por el incumplimiento del mismo o por la anulación fruto del ejercicio de una acción de impugnación. Esta modalidad de concurso cuenta con una serie de especialidades a las que el artículo 242 LC hace referencia.

En primer lugar, hay que señalar que el concurso consecutivo, desde un punto de vista procedimental es singular en tanto a que no abre fase de convenio, sino que directamente deberá ordenarse la liquidación¹²¹ salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa previsto en el artículo 176 LC. Se trata sin duda de una sanción muy dura

¹²⁰ Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 378.

¹²¹ La fase común, necesaria en todo concurso, coexistirá con la fase de liquidación.

para el deudor que ha intentado el acuerdo extrajudicial de pagos y que no lo ha conseguido, resultando esta consecuencia un desincentivo y una barrera para que los deudores con dificultades económicas opten por negociar un acuerdo extrajudicial.¹²² Pues hay que recordar que estamos hablando de un pacto extrajudicial, donde rige la libertad de las partes que acuerdan novar las obligaciones anteriormente contraídas a fin de superarse la insolvencia del deudor y pudiendo así hacer efectivos los créditos debidos o al menos una parte sustantiva de los mismos.

Por ello, resulta excesivo equiparar el acuerdo extrajudicial de pagos con el convenio¹²³, porque si lo que buscamos es que los mecanismos pre concursales sean precisamente eso, previos al concurso, lo que no podemos hacer es equiparlos a una fase del mismo, pues en ese caso estos remedios perderían su efecto y en muchas ocasiones estarían abocados al fracaso antes de su aplicación.

Cabe apuntar también que en el caso de que sea el deudor el que inste la declaración de concurso, atendiendo al artículo 22 LC este tendrá carácter voluntario, si por el contrario fuera el mediador concursal o los acreedores quienes solicitaran el concurso se considerará necesario. En este último caso, nos encontramos con un problema en el supuesto de que el plan de pagos no fuera aceptado, y es que la LC exige que el juez declare el concurso de manera “*inmediata*” si bien, si acudimos al artículo 15 LC señala que en caso de que el concurso fuera solicitado por cualquier legitimado distinto del deudor (siempre que no se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuoso o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia) el juez a través de un auto abrirá procedimiento contradictorio a fin de que el deudor pueda pronunciarse y aportar las pruebas que considere pertinentes. Tomando en cuenta estos requisitos, parece que cuando el concurso sea solicitado por persona distinta al deudor no será posible que el juez cumpla con el requisito de inmediatez, pues se estarían vulnerando los derechos de defensa básicos del deudor, si bien, para ello la ley concursal prevé en el artículo 15.1 LC el denominado concurso express en el que concurriendo determinadas circunstancias (anteriormente señaladas) el juez deberá dictar auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente, ahora bien el

¹²² SENÉS MONTILLA, Carmen. “El acuerdo extrajudicial de pagos. ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores? Revista de derecho civil. Vol.I. n.1.2014.

¹²³ GÓMEZ MARTÍN, Fernando, “Convenio y liquidación concursal”. Universidad de Deusto. Consulta online: <http://www.firmafgm.com/perch/resources/publications/ed-52-1.pdf>

legislador entre las causas tasadas del artículo 15.1 LC no se refiere al concurso consecutivo, si bien podría deducirse de la inmediatez requerida que la declaración de concurso consecutivo quede subsumida en este precepto.

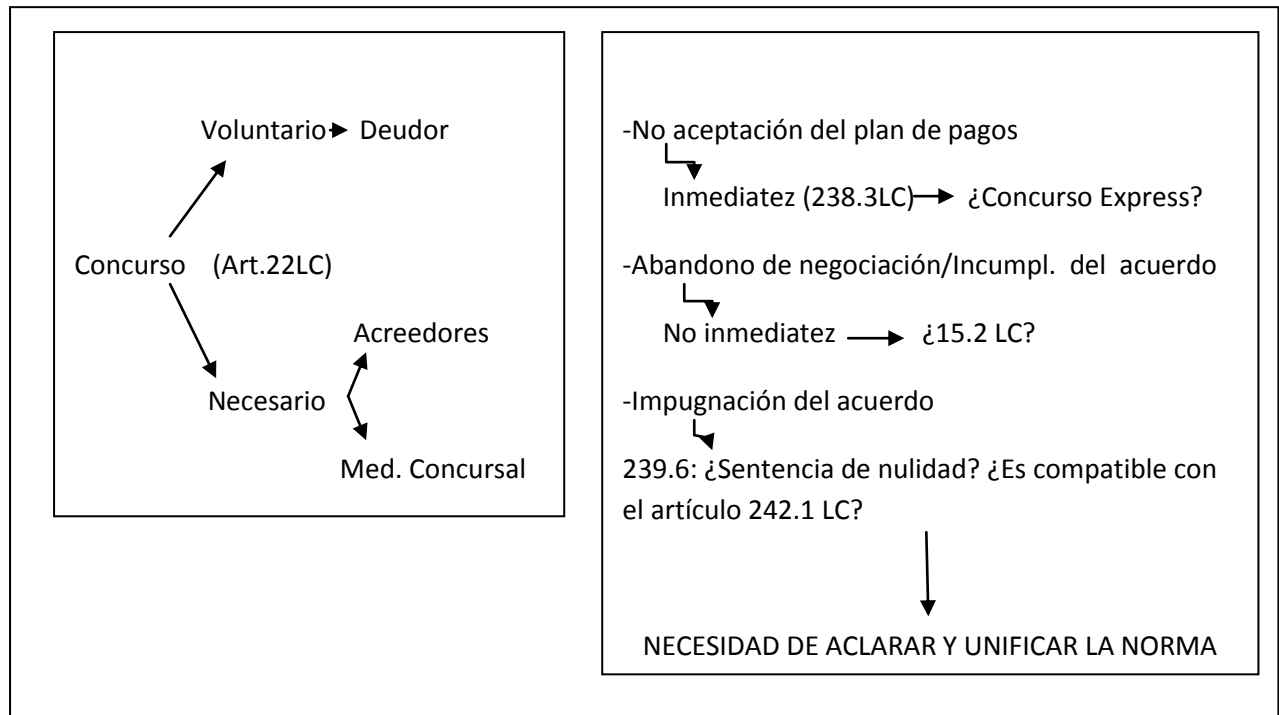
En mi opinión, el legislador debería dar unos plazos adecuados para el caso del concurso consecutivo, pues el hecho de declarar el concurso el día hábil siguiente a la solicitud, parece que se convierte en un requisito meramente formal que obvia la valoración de fondo sobre la existencia o no de insolvencia y la procedencia o no del concurso, limitándose a dictar un auto de declaración sin oír a la parte contraria. Esto sin duda alguna vulnera las garantías de defensa del deudor, y como vemos, se trata de un desincentivo más para el deudor de optar por este mecanismo extrajudicial ya que únicamente podrá ante estas circunstancias interponer el pertinente recurso de apelación de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 LC.

Por su parte, cuando se hubiera abandonado la negociación o una vez alcanzado el acuerdo se hubiera incumplido, como sabemos tendrán como consecuencia la declaración de concurso consecutivo. Si bien, tanto el artículo 236.4 LC como el 241.3 LC no exigen que la declaración sea inmediata¹²⁴, por lo que no queda muy claro si lo que el legislador quiere es que en este caso el juez resuelva por la vía del 15.2 LC cumpliendo con los trámites de audiencia y contradicción, o bien, que se aplique también el régimen de declaración express, si realizamos una interpretación literal de la norma es obvio que nada dice al respecto, por lo que a falta de señalamiento específico y al no estar estos supuestos señalados entre los referidos por el 15.1 LC debemos pensar que el régimen aplicable será el general.

Por último, en aquellos supuestos en los que la declaración de concurso consecutivo devenga de la impugnación del acuerdo extrajudicial, el último apartado del artículo 239 LC podría interpretarse como un mandato al juez para que en la misma sentencia en la que declare la nulidad del acuerdo, declare a su vez la apertura del concurso, lo cierto es que esta exigencia no concuerda muy bien con el artículo 242.1 LC que señala que el concurso consecutivo deberá ser solicitado por el deudor, los acreedores o el mediador concursal, pues no prevé que el juez de oficio pueda declarar el concurso sin previa

¹²⁴ Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 368.

instancia de parte. Por lo que podría interpretarse como una excepción a la regla general que en cierto modo desnaturaliza el concurso.



Como puede observarse, se trata de una regulación parca, caótica, carente de sentido y susceptible de diversas interpretaciones, por lo que considero absolutamente necesario que el legislador se pronuncie en este sentido, unificando el régimen de declaración del concurso consecutivo, siendo lo más razonable una regulación *ad hoc*, que establezca unos plazos razonables para dar cabida a los principios de audiencia y contradicción de los interesados y a su vez que sea lo suficientemente ágil para ventilar esta situación lo más rápido posible.

Tras hacer estas consideraciones generales, señalar que el artículo 242.2.1 LC establece como primera especialidad que *salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial a menos que atendidas circunstancias excepcionales el juez acordare otra cosa*. Este es sin duda uno de los puntos que más polémica ha suscitado respecto al acuerdo extrajudicial de pagos, pues es evidente que el hecho de nombrar administrador concursal al mediador hace que nos separemos completamente de un procedimiento de mediación, donde uno de los pilares fundamentales es la confidencialidad del mediador,

en cuanto a su función y todo lo relativo a ella, incluyendo documentación, los contactos de las partes, etc. Es evidente que si nombramos administrador concursal al mediador, esa confidencialidad va a quebrar en orden del concurso.¹²⁵

Además, administrador y mediador deben realizar tareas totalmente diferentes e independientes, por lo que puede ocurrir que un buen mediador no sea buen administrador, viceversa. Y es más, la ley impone la obligación al juez salvo justa causa de nombrar como administrador al mediador concursal, rompiendo así con las reglas concursales que establecen que el administrador concursal será nombrado por el juez de acuerdo con los artículo 21 y 27 LC, y es que si nos remontamos a la designación de mediador concursal, quien en último término designa al que será administrador concursal va a ser el notario o registrador encargado del nombramiento que le designará a través de un listado previamente establecido, cuestión que ya se abordó en otro punto de este trabajo.

Como se ha señalado, la norma contempla la posibilidad de que cuando medie *justa causa* el juez pueda designar un administrador concursal distinto del mediador. Aquí vuelve a introducir el legislador un concepto jurídico indeterminado que deberá irse aclarando a través de jurisprudencia pues no sabemos que alcance debe tener esa justa causa para que proceda un nombramiento diferente por parte del juez. Si bien, en aplicación de la lógica jurídica podría ser justa causa cualquier circunstancia sobrevenida que menguara las capacidades del mediador y le impidiera ejercer la tarea de administrador concursal o por ejemplo, que en el desempeño de la labor de mediador no hubiera actuado de manera diligente.

Otro tema controvertido, surge en cuanto a la retribución del administrador concursal, pues la retribución del mediador concursal será fijada por el notario o registrador de acuerdo a los parámetros fijados en el RD 1860/2004. Se entiende que esa retribución se fija tanto para la fase en que realiza la labor de mediador, como para la que realiza la de administrador concursal, privando así al juez de una competencia exclusiva atribuida por el artículo 34 LC. Si bien, la ley recoge que en caso de que concurrieran circunstancias excepcionales el juez podrá fijar otra cosa, y esto, como acertadamente

¹²⁵ AGÜERO ORTIZ, Alicia. “El mediador concursal como administrador extraconcursal”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer.2013. Sección varia.

señala PULGAR EZQUERRA podrá en ocasiones motivar al mediador a la vía del concurso.¹²⁶

Cuestión que en mi opinión no debería haberse regulado de esta forma, pues se entiende que una vez que se abre el concurso estamos ante un proceso judicializado, por lo que la retribución del administrador, coincida o no con la persona del mediador concursal, debería ser en todo caso fijada por el juez.

Otra especialidad del concurso consecutivo es que *se considerarán créditos contra la masa los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que de conformidad al artículo 84 LC tengan la consideración de créditos contra la masa, que se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial y que no hubieran sido satisfechos*. Esto es, que estos créditos se van a satisfacer con cargo a la masa activa de manera previa al resto de créditos (créditos concursales).¹²⁷

También el artículo 242 LC en su apartado tercero señala que *el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o notario*. Se trata de una cuestión que no resulta baladí, pues si para computar el plazo de dos años para rescindir los actos perjudiciales para la masa activa tomamos como referencia la fecha de declaración de concurso, puede haber ciertos deudores que a sabiendas soliciten la activación del mecanismo extrajudicial a fin de que transcurran los plazos pertinentes (puede prolongarse hasta 6 meses) evitando así la rescisión de determinados negocios jurídicos perjudiciales para la masa que hubiera celebrado. Así, para evitar esta situación el legislador, acertadamente, señala que la fecha de cómputo del plazo se adelantará a la fecha de solicitud de apertura de expediente al notario o registrador.

Respecto al concurso consecutivo, el apartado cuarto del artículo 242 LC señala que *no necesitarán solicitar reconocimiento los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial*. A este respecto, lo que hace el legislador es premiar a aquellos acreedores que han firmado el acuerdo extrajudicial, exonerándoles de comunicar su

¹²⁶ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014. pág. 60.

¹²⁷ GARCÍA ESCOBAR, Gabriel A. “El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum”. *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*. Universidad de Almería. Pág. 19.

crédito en los términos previstos en el artículo 85 LC. Esta medida realmente no tiene mucho sentido si atendemos al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, pues el mediador concursal, como se ha señalado a lo largo de la exposición tiene la obligación de comprobar la existencia y cuantía de los créditos, por lo que se trata de una redundancia innecesaria obligar a aquellos acreedores que hayan participado en la reunión y que no hayan firmado el acuerdo a tener que comunicar de nuevo sus créditos y a ser de nuevo comprobados, por lo que la norma como acertadamente señala AZNAR GINER debería extenderse a unos y otros sin discriminar en función de la suscripción o no del acuerdo.¹²⁸

Por último, el artículo 242 LC establece una especialidad en torno al deudor persona física que a continuación expondré de manera pormenorizada.

5.5.2. La fresh start: Remisión de deudas del empresario persona física.

5.5.2.1.-Las consecuencias del concurso en el patrimonio del empresario persona física antes de la aprobación de la ley 14/2013: El principio de responsabilidad patrimonial universal: 1911 CC.

Entre las novedades introducidas en la Ley Concursal a través de la Ley de Emprendedores destaca sin duda el hecho de que el legislador ha tomado conciencia de la necesidad de introducir mecanismos de tutela al deudor persona física ante una situación de insolvencia. Pues, a diferencia de las personas jurídicas que una vez concluido el concurso se liquidan y se extinguen, las personas físicas resultaban sometidas a la aplicación del artículo 1911 CC referente a la responsabilidad patrimonial universal que reza que *del cumplimiento de las obligaciones responderá el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*.

La razón de ser de esta norma no debemos buscarla más allá del propio código civil, ya que el artículo 1091 señala que las obligaciones que nacen de los contratos deben cumplirse.

A pesar de que jurídicamente es absolutamente lógica esta exigencia, en determinadas ocasiones resulta una carga demasiado pesada, pues ante las dificultades económicas que España viene atravesando en los últimos años se ha tornado evidente que esta

¹²⁸ Confróntese con: AZNAR GINER, Eduardo. “Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pagos y concurso de acreedores.” Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 373.

norma estaba ahogando a muchos deudores condenándoles a convivir con sus deudas no solamente en el momento actual sino *pro futuro*.

Por ello, el legislador, a sabiendas de esta situación ha decidido introducir medidas limitadoras de ese artículo 1911CC para que esos empresarios persona física que emprendieron un negocio que no salió bien, puedan tener una segunda oportunidad.

Si atendemos a un análisis estrictamente jurídico, es cierto que este tipo de medidas de exoneración de deuda provocan incertidumbre en el tráfico jurídico, pues ante la inseguridad de poder cobrar sus créditos los acreedores serán reticentes a celebrar negocios jurídicos y los deudores podrán ser poco cuidadosos en su administración ya que no pesarán sobre ellos las deudas en caso de que fracase la actividad, de ahí que la regulación del *fresh start* debe ser limitada porque de no ser así generaría una parálisis en el mercado.

Así, la justificación de estas medidas, más allá del análisis estrictamente jurídico, debemos buscarla en motivos de justicia social y también en motivos puramente económicos, pues en el largo plazo harán que esos empresarios que han fracasado en su actividad, puedan empezar de nuevo y generar riqueza para el país.¹²⁹

A diferencia de países como Estados Unidos donde ya en los años 80 comenzaron a buscarse soluciones ante la insolvencia del deudor persona física, El derecho continental europeo siempre optó por la defensa del principio de que las obligaciones deben ser cumplidas, si bien, poco a poco los diferentes estados de la unión europea han ido adoptando medidas tendentes a la exoneración de deuda, entre ellos España, que ya en el año 2009 comenzó a interesarse por la introducción en su legislación de medidas de este tipo, aunque no fue hasta la reforma de la Ley Concursal del año 2011 cuando se introdujo una disposición adicional única que contenía un mandato al gobierno señalando que *en el plazo de seis meses debería remitir un informe sobre la aplicación y efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas*

¹²⁹ GUTIÉRREZ IBAÑEZ, David. “*Fresh start. Una segunda oportunidad*”. Diario Cinco Días. Enero 2014. Cincodias.com

*físicas y familias que se encontrasen con dificultades para satisfacer sus obligaciones y especialmente las garantizadas con hipoteca.*¹³⁰

Este mandato de la ley no llegó a hacerse efectivo hasta que en el año 2013, el Juzgado de lo Mercantil n.3 de Barcelona plantea ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial (Caso Aziz) para que dictamine sobre la conformidad del derecho español respecto a la directiva de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13/CEE) y sobre la interpretación que debe realizarse de los elementos del concepto de cláusula abusiva al que se refiere la directiva. Declarando el tribunal que ciertas cláusulas en el ámbito hipotecario resultaban abusivas, suponiendo un serio toque de atención a nuestro legislador.

Esto motivó la aprobación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, norma que introdujo modificaciones de calado en la LEC obligando a refinanciar la deuda de los deudores hipotecarios siempre que sea posible, estableciendo reducción de deuda para aquellos que cumplieran debidamente con la deuda subsistente y previendo la dación en pago para deudores con riesgo de exclusión social.

A Pesar de la indudable relevancia de estas medidas, no dan solución al problema que venían afrontando los empresarios persona física, y no es hasta septiembre de 2013 cuando se introducen estas medidas exoneratorias en nuestro ordenamiento con la aprobación de la Ley de Emprendedores.

5.5.2.2.-Qué supone esta reforma para el deudor concursado: Diferencias entre la fresh start derivada del acuerdo extrajudicial de pagos prevista para el empresario persona física y la prevista para el deudor persona física que no ostenta la condición de empresario.

El punto de partida para abordar este régimen de exoneración de deudas, es determinar que sujetos pueden ser beneficiarios del mismo, para ello tenemos que acudir a los artículos 178 y 242.2.5 LC y señalar que si hacemos una interpretación literal de los mismos, en realidad, nos daremos cuenta de que, *a priori*, se pueden apreciar dos

¹³⁰ Confróntese con: PULGAR EZQUERRA, Juana. “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer.2014. pág. 65.

mecanismos exoneratorios diferentes dirigidos a sujetos distintos¹³¹, ya que el artículo 178.2 LC hace referencia a la persona natural y el artículo 242.2.5 LC alude al empresario persona física excluyendo al consumidor, pues en este caso el mecanismo de exoneración se activará exclusivamente si el deudor de forma previa hubiera intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos y como vimos, únicamente determinados deudores (nunca consumidores) podrán solicitar un acuerdo de este tipo.¹³²

A pesar de que esta interpretación podría ser válida a la vista de la literalidad de estos dos artículos, lo cierto es que si tenemos en cuenta que estos mecanismos han sido introducidos en la Ley Concursal a través de la Ley de emprendedores y la razón de ser de esa Ley, lo cierto es que resulta una interpretación un tanto forzada, pareciendo más adecuado interpretar que estos mecanismos de exoneración de pasivo se dirigen exclusivamente al empresario persona física. Quedando aún sujetas las personas físicas no empresario al régimen previsto en el artículo 1911 CC, a la espera de un régimen *ad hoc* que les permita de forma adecuada remitir sus deudas¹³³.

El artículo 242.2.5 LC, en el marco del acuerdo extrajudicial de pagos, establece un mecanismo exoneratorio del pasivo insatisfecho que procederá cuando concurren los siguientes requisitos:

- En primer lugar se exige *que el concurso sea calificado como fortuito*: esto es que no sea declarado concurso culpable. En este punto llama la atención que el legislador no haya previsto que tampoco podrá exonerar las deudas aquel deudor que haya incumplido premeditadamente el acuerdo, pues con esta omisión se

¹³¹ A este respecto Vid.: CUENA CASAS, Matilde. “*Conclusión del concurso de persona física y pasivo insatisfecho*”. Documentos de trabajo del departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Eprints Complutense. Madrid. 2013. Pág. 5 y ss.

Y: PULGAR EZQUERRA, Juana. “*Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores*.” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014. pág. 65.

En este mismo sentido apuntan los Magistrados de lo Mercantil de Madrid que los mecanismos exoneratorios se refieren a sujetos diferentes. Vid. Cuestión Nº 2 (Cuestiones relativas a la remisión del pasivo insatisfecho del artículo 178.2LC) de las *conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales*. Madrid. 11 de Octubre de 2013.

¹³² Vid. Ámbito subjetivo de aplicación: Legitimación para iniciar el expediente que posibilite el acuerdo extrajudicial de pagos. Página. 107 y SS.

¹³³ Tomando en cuenta en todo caso las modificaciones introducidas en la LEC a través de la Ley 1/2013.

está premiando a aquel deudor que de mala fe incumple el acuerdo, ya que aún así verá exoneradas sus deudas, provocando un perjuicio indebido a los acreedores.

- Y en segundo lugar *que se satisfagan todos los créditos contra la masa y los créditos privilegiados*: esto es que aquellos deudores que se hayan sometido a un proceso negociador a través del acuerdo extrajudicial de pagos no se verán exonerados de sus deudas en los términos dispuestos en el artículo 242.2.5 LC si no dispone de suficiente activo para satisfacer estos créditos.

En este supuesto de exoneración a diferencia de lo que ocurre con el mecanismo previsto en el artículo 178.2 LC, no se exige la satisfacción de un porcentaje de créditos ordinarios, sino que directamente el deudor que se haya sometido a un acuerdo extrajudicial de pagos y cumpla los requisitos expuestos podrá beneficiarse de la exoneración.

Por su parte el la remisión de pasivo prevista en el artículo 178.2 LC procederá cuando el deudor persona natural¹³⁴ cumpla con las siguientes exigencias:

- *Que el concurso se califique como fortuito.*
- *Que el deudor no haya sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto en el artículo 260 CP¹³⁵ o por cualquier otro delito singularmente*

¹³⁴ Como ya se ha señalado la doctrina mayoritaria entiende que este mecanismo del artículo 178.2 LC está dirigido a persona físicas independientemente de que ostenten o no la condición de empresario, si bien, en mi opinión va únicamente dirigido a aquellos empresarios persona física que no se hayan acogido al mecanismo negociador del acuerdo extrajudicial de pagos.

¹³⁵ El artículo 260 CP señala que:

1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.
2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.
3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.
4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.

relacionado con el concurso: Partiendo de la premisa de que la calificación del concurso no vincula a los jueces penales, esta exigencia se introduce en el artículo 178.2 LC para evitar que pueda beneficiarse del mecanismo exonerador aquel deudor que haya cometido algún delito penal en el transcurso del concurso y que el concurso se hubiera calificado como fortuito, pues todas las circunstancias que deben concurrir para calificar el concurso como culpable no son absolutamente coincidentes .

Este requisito no se prevé para el supuesto de exoneración del 242.2.5 LC y es lógico que así sea, porque como ya se ha explicado de manera previa en este trabajo, para que un deudor pueda acceder al acuerdo extrajudicial de pagos debe cumplir una serie de requisitos y no incurrir en alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 231.3 LC, entre las que destaca que no podrán acceder al acuerdo extrajudicial *quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por falsedad documental, contra la hacienda pública, la seguridad social o contra los derechos de los trabajadores.*

De nuevo, en este punto puede observarse que el legislador introduce un concepto indeterminado refiriéndose a *cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso*. En este caso entiendo que al menos se referirá a los supuestos del artículo 231.3.1 LC previstos para la prohibición de acceso al AEP, pues no sería muy lógico que resultara más gravoso el hecho de poder negociar con los acreedores que exonerarse de deuda. Si bien, considero que por seguridad en el tráfico y por el hecho de que no se debe premiar a aquellos que no han actuado debidamente, debería hacerse una interpretación amplia, entendiendo que el deudor que cometiera cualquier delito penal recogido en el Título XIII CP referente a las insolvencias punibles no podrá beneficiarse de este mecanismo.¹³⁶

- *Que se satisfagan en su totalidad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.*
- *Que se satisfaga al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios:* esta exigencia me hace refrendarme en mi postura de que este

¹³⁶ Confróntese con: CUENA CASAS, Matilde. “*Conclusión del concurso de persona física y pasivo insatisfecho*”. Documentos de trabajo del departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Eprints Complutense. Madrid. 2013. Pág. 10 y ss.

mecanismo no es un mecanismo previsto para consumidores, sino para empresarios persona física, pues sería absolutamente incongruente que a una persona natural no empresario que se encuentra en situación de insolvencia se le exigiera satisfacer el 25% de los créditos concursales ordinarios, cuando la realidad muestra que este tipo de deudores apenas tienen bienes que puedan enajenarse para hacer frente a sus deudas, y en caso de que los tengan generalmente estarán hipotecados.

Por último, llama la atención que el artículo 178.2 LC sin mucho sentido señala que *si el deudor hubiese intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados*. Parece que lo que está haciendo aquí el legislador es remitirse al régimen previsto en el artículo 242.2.5 LC, si bien, si trata de establecer dos mecanismos exoneratorios diferentes no hay razón para que se refiera en esta sede a este mecanismo y menos aún de la forma sombría en que lo hace.

También cabe señalar que como acertadamente plantea CUENA CASAS resulta un grave error vincular la exoneración de las deudas con la clasificación de créditos que se realiza en sede concursal, pues no resulta adecuada.

Por ejemplo, pensemos en el crédito de una persona especialmente relacionada con el deudor a las que se refiere el artículo 93 LC, esta condición provoca que de manera automática ese crédito se clasifique como subordinado independientemente de la naturaleza de ese crédito, esto supone que esos créditos, por el hecho de resultar subordinados son automáticamente exonerados, también resultarán exonerados de manera incomprensible, por el mero hecho de ser clasificados como subordinados los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

Pensemos también en que el deudor cause un daño a una persona ex artículo 1902 CC dando lugar a una responsabilidad civil extracontractual, debiendo indemnizar a la víctima por el daño causado. En este caso, si la víctima resultara ser una persona especialmente relacionada con el deudor, al ser un crédito subordinado quedaría exonerado, no siendo así si se tratara de un tercero.¹³⁷

¹³⁷ Confróntese con: CUENA CASAS, Matilde. “*Conclusión del concurso de persona física y pasivo insatisfecho*”. Documentos de trabajo del departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Eprints Complutense. Madrid. 2013. Pág. 9 y ss.

Por otra parte, en estos dos mecanismos se prevé un tratamiento diferente respecto a los créditos de derecho público, pues el artículo 178.2 LC no señala excepción alguna respecto a este tipo de deudas, cuestión que no puede achacarse a un olvido del legislador ya que en si se preveía tal excepción en el proyecto de la Ley de Emprendedores.

Por su parte, el artículo 242.2.5 LC de forma expresa señala que quedarán excluidas de la exoneración las deudas de derecho público. A este respecto cabe señalar que no tiene sentido que para dos instrumentos cuya finalidad es la misma a pesar de ser procedimentalmente diferentes, se propugne un tratamiento distinto para estas deudas.¹³⁸

Respecto a las deudas de alimentos, si acudimos al artículo 47 LC veremos que este tipo de deudas serán con cargo a la masa activa, por lo que a este tenor quedarían excluidas de la exoneración ya que tanto el artículo 178.2 LC como el 242.2.5 LC exigen para que sea activada la exoneración, la plena satisfacción de los créditos contra la masa. Si bien, en ese mismo precepto se establece que el juez determinará qué cuantía será con cargo a la masa, siendo el resto considerado crédito ordinario. Aquí hay que distinguir dos situaciones diferentes, pues el artículo 178.2 LC exige también que un 25% de los créditos ordinarios sean satisfechos, quedando así salvaguardadas íntegramente las deudas de alimentos, si bien, esta exigencia no se prevé respecto a la exoneración derivada del acuerdo extrajudicial de pagos, por lo que si una parte de la deuda de alimentos se clasifica como crédito ordinario se someterá al régimen de exoneración.

Dado el especial carácter de este tipo de deudas, no parece muy lógico que una parte de la misma pueda resultar exonerada, sino que el legislador debería haberle dado un tratamiento *ad hoc* estableciendo la expresa protección de las mismas.

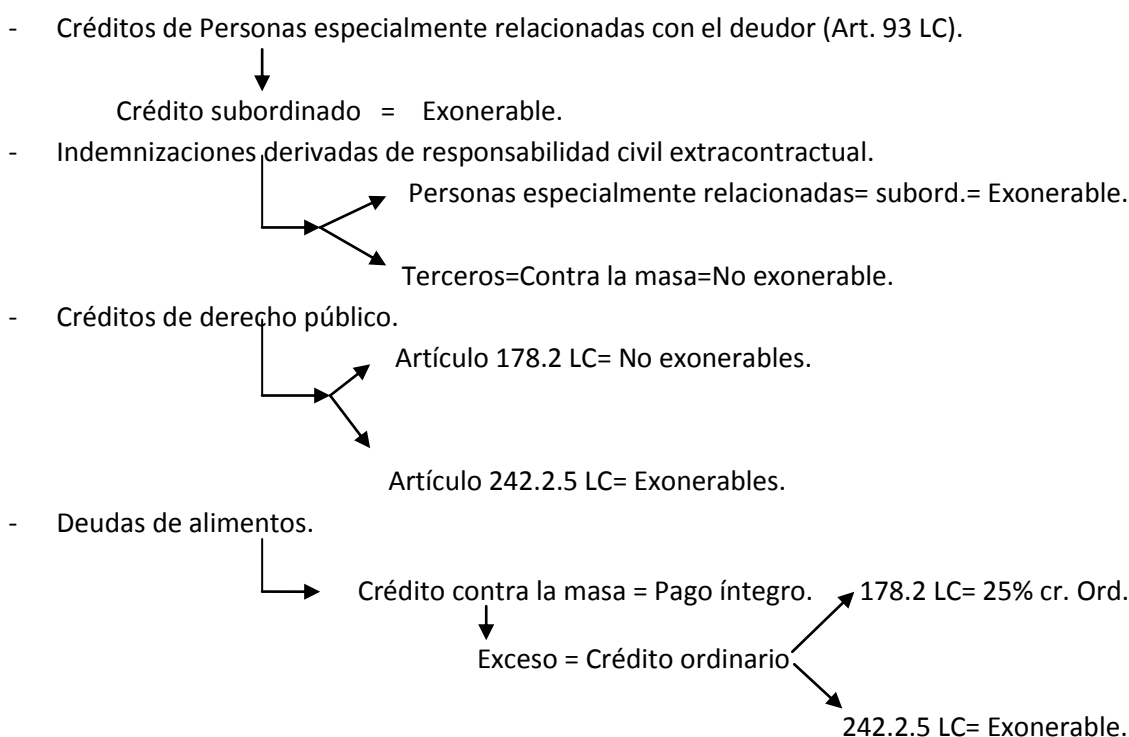
Ante estas dificultades hubiera sido mucho más adecuado que atendiendo al origen y naturaleza de cada crédito el legislador hubiera realizado un listado taxativo señalando qué créditos son exonerables y cuáles no, evitando así esta arbitrariedad.

¹³⁸ PULGAR EZQUERRA, Juana. “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014. pág. 70.

MECANISMOS DE EXONERACIÓN

Artículo 178.2 LC	Artículo 245.2.5
<ul style="list-style-type: none"> - Concurso fortuito. - Deudor no culpable ni condenado (260CP y otros delitos.) - Satisfacción de créditos contra la masa y créditos privilegiados. - 25% créditos ordinarios. 	<ul style="list-style-type: none"> - Previa negociación de AEP. - Concurso fortuito - Satisfacción de créditos contra la masa y créditos privilegiados. <p>Se excluyen los créditos de derecho público</p>

Problemas provocados por la vinculación de la exoneración a la clasificación de créditos LC.



5.5.2.3.- La especial posición de los garantes y los obligados solidarios.

Derivado de este régimen de exoneración de deudas, cabe plantearse que ocurre en aquellos supuestos en los que los créditos se encuentran garantizados o existan junto al deudor otros deudores solidarios, planteándose si cabe exigir el pago de la deuda al garante o al resto de deudores y en qué términos. Resulta evidente el hecho de que

cuando un deudor no puede afrontar el pago del crédito debido y la obligación se encuentre garantizada, ese pago deberá realizarlo el garante, pues la finalidad de las garantías es precisamente el pago subsidiario de la deuda en caso de incumplimiento del deudor.

Lo mismo ocurre respecto a las obligaciones solidarias, el acreedor podrá exigir a cualquier deudor el pago íntegro de la deuda, independientemente de que alguno de ellos no pueda afrontar el cumplimiento, pues esa cuestión deberá ser resuelta en el ámbito de la relación interna, resultando intrascendente para el acreedor.

Si bien, la cuestión se complica cuando se produce una exoneración de la deuda o de parte de la misma. A este respecto existen discrepancias doctrinales¹³⁹, ya que la exoneración se produce por imperativo de la ley ante la concurrencia de las circunstancias señaladas extinguiendo la deuda total o parcialmente.

Podríamos pensar que este mismo efecto se extenderá a los fiadores u obligados solidarios. Esta postura podría justificarse sobre la base de que no se produce una convención que modifique la obligación, sino como se ha señalado un efecto *ex lege*, y más aún teniendo en cuenta el carácter accesorio de algunas de estas obligaciones como ocurre en el caso de la fianza, pues ante la falta de previsión especial en la Ley Concursal sobre este tema, respecto a la fianza, si acudimos al CC veremos que el artículo 1853 CC señala que: *“el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; más no las que sean puramente personales del deudor”*. Esto es, que el garante podrá oponer frente al acreedor el hecho de que fruto de los mecanismos exoneratorios previstos en la norma se ha producido una remisión de pasivo del deudor. Además el artículo 1847 CC señala que: *“la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones”* por consiguiente, en este caso parece lógico que si se extingue la obligación principal debería extinguirse también la obligación del fiador. Así una corriente doctrinal¹⁴⁰ mantiene que esta conclusión se

¹³⁹ A este respecto Vid. Cuestión Nº 9 (Cuestiones relativas a la remisión del pasivo insatisfecho del artículo 178.2LC) de las *conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales*. Madrid. 11 de Octubre de 2013.

¹⁴⁰ Postura número 1, Cuestión Nº 9 (Cuestiones relativas a la remisión del pasivo insatisfecho del artículo 178.2LC) de las *conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre*

extrae de la aplicación de las normas generales que prevé el CC, debiendo el legislador establecer otra cosa en la norma si así lo estima pertinente.

Frente a esta postura, otra corriente doctrinal, mantiene que lo tratan de hacer estos mecanismos exoneratorios no es extinguir la obligación propiamente sino liberar al deudor dadas las circunstancias excepcionales que este viene atravesando¹⁴¹, pero esto no obsta para que el acreedor pueda dirigirse contra el fiador o contra otro deudor solidario, pues carece de sentido que estando la obligación garantizada o existiendo varios deudores solidarios se impida al acreedor cobrar su crédito. Otra cosa diferente es que en la relación interna el deudor beneficiario de la exoneración pueda oponerla cuando le reclamen¹⁴².

Ciertamente, considero más adecuada la segunda postura, pues resultaría injusto castigar al acreedor a soportar el impago de su crédito cuando existiera una garantía respecto al mismo, pues quien sufre las circunstancias excepcionales que dan lugar a la exoneración es el deudor, no el fiador. Además si esto resultara así la garantía perdería su fundamento. Si bien, a la primera corriente no le falta razón en que el legislador, dada la importancia de este tema y lo habitual de la concurrencia del mismo, debería haberlo previsto de manera expresa en la ley.

5.5.2.6.- Hacia dónde debemos avanzar: Referencia al derecho comparado con especial alusión a la fresh start en EEUU.

Tras ver las carencias de la peculiar “*Fresh start*” introducida en la Ley Concursal española, considero necesario hacer una breve alusión a los diferentes mecanismos de remisión de deuda que prevén los distintos ordenamientos en el derecho comparado. Si bien, debe advertirse previamente que en cada caso debe atenderse a las características propias de cada estado, pues la demanda de un régimen u otro dependerá en gran medida, del tipo de sujetos que se acojan mayoritariamente al concurso, si son

los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales. Madrid. 11 de Octubre de 2013.

¹⁴¹ Se propugna la aplicación analógica del artículo 135 LC superando así la aplicación de las normas generales previstas en el CC.

¹⁴² Postura número 2, Cuestión Nº 9 (Cuestiones relativas a la remisión del pasivo insatisfecho del artículo 178.2LC) de las *conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales.* Madrid. 11 de Octubre de 2013.

consumidores o empresarios, el tipo de normas que existen, las políticas legislativas que rigen distintos ámbitos de la sociedad como la educación y la sanidad, etc.

Así, no hay duda de que el régimen de remisión de deudas más característico es el de Estados Unidos, que se regula en el *Bankruptcy Act* de 1898 que se basa en la buena fe del deudor concursado (*honest but unfortunate debtor*) estableciendo una serie de mecanismos que valoran si un deudor debe o no acceder dadas sus especiales circunstancias a la exoneración parcial o total de su deuda.¹⁴³

Si bien como he señalado, hay que atender a las especificidades de EEUU para comprender la *ratio legis* de su norma. En primer lugar hay que señalar que en EEUU (a diferencia de España) de manera absolutamente mayoritaria los sujetos que se acogen al concurso son personas físicas no empresarios, esto se debe al alto sobreendeudamiento que sufren las familias estadounidenses pues deben asumir altos costes para poder disfrutar de servicios básicos como por ejemplo la sanidad y la educación.¹⁴⁴

Estas altas tasas de insolvencia personal, provocaron sin duda, la necesidad de acoger mecanismos de recuperación de los deudores, estableciendo para ello la *discharge* o régimen de exoneración de deudas, que establece de una serie de mecanismos *ex ante* para su concesión, basándose en la actuación honesta del deudor.¹⁴⁵ En 2005 se produjo una reforma¹⁴⁶ de la norma que supuso un incremento de las exigencias previas a la *discharge*, introduciendo también la necesidad de formar a los beneficiarios de la misma a través de un curso en educación financiera posterior a la exoneración.

La legislación americana complementa la *discharge* con un conjunto de bienes inembargables, entre los que se encuentra la vivienda habitual del deudor.

¹⁴³ GUERRERO MARTÍN, Carlos. “Propuesta para una futura ley sobre la insolvencia de las personas físicas y emprendedores”. El blog de Carlos Guerrero.2012. carlosguerrero.es

¹⁴⁴ SOTILLO MARTÍ, Antonio. “Segunda Oportunidad y derecho concursal”. Seminario interdisciplinar. Valencia.2013. Consulta Online:
<http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2013/concursal/ponenciasotillo.pdf>

¹⁴⁵ PULGAR EZQUERRA, Juana. “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer.2014. pág. 70.

¹⁴⁶ *Bankruptcy abuse prevention and consumer protection Act. 2005.*

Así, el legislador podrá optar entre dos procedimientos. En primer lugar se prevé que podrá negociar un plan de pagos para reorganizar sus deudas evitando la liquidación, este plan consistirá que en los tres años siguientes el deudor deberá destinar parte de sus ingresos al pago de los acreedores,¹⁴⁷ quedando el resto de deuda exonerada (quedan incluidos todos los acreedores en este sistema).

En segundo lugar, se le da al deudor la opción de acudir directamente a la liquidación prevista en el capítulo 7 del *Bankruptcy Act*, con excepción de algunos bienes. Valorando en ese caso si procede la *discharge*, exonerando al deudor del pasivo insatisfecho.¹⁴⁸

En el ámbito europeo, también se establecen diferentes sistemas de exoneración de deudas, por ejemplo, en el caso de Francia, el mecanismo de exoneración no se establece en sede concursal sino que se recoge en el código de consumo. Este procedimiento se divide en dos fases, en primer lugar, se establece una conciliación guiada por una comisión de sobreendeudamiento, esta comisión se compondrá por representantes de la administración, de entidades financieras y de los consumidores y formulará un plan de pagos que deberá ser aceptado por los acreedores.

Si la conciliación no fuera posible, se prevé, en segundo lugar la intervención judicial, dando amplias facultades al juez para decidir sobre la exoneración. En todo caso debe apreciarse la existencia de buena fe del deudor.

Por su parte, el modelo Alemán no valora la razón del endeudamiento del deudor, el procedimiento puede iniciarse a instancia del acreedor o deudor, la norma exige un periodo de negociación, estableciendo un procedimiento similar al del acuerdo extrajudicial de pagos español. Ante la imposibilidad de llegar al acuerdo previsto se prevé un procedimiento de tratamiento de la insolvencia, que supondrá un periodo de observancia, en la que se exigirá durante un periodo de siete años que el deudor se comporte de manera adecuada y lo hará bajo la supervisión de una especie de

¹⁴⁷ Chapter 13 Backruptcy Act.

¹⁴⁸ Confróntese con: SOTILLO MARTÍ, Antonio. “Segunda Oportunidad y derecho concursal”. Seminario interdisciplinar. Valencia.2013. Consulta Online: <http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2013/concursal/ponenciasotillo.pdf>

administrador. Si cumple, podrá liberarse a través de un auto judicial motivado del resto de deuda.¹⁴⁹

El resto de procedimientos previstos en el ámbito de la unión europea son similares al francés y al alemán.

Lo cierto es que tras observar estos modelos, cabe concluir que la norma española, es una norma laxa e incompleta, pues para empezar no deja claro si el régimen de exoneración es aplicable únicamente a personas físicas empresarios o si también puede extenderse a personas naturales no empresarios, como ya he señalado en mi opinión no debe entenderse esa protección prevista para los consumidores, y en caso de que fuera extensible, la sede concursal no es la mejor sede para establecer una solución a la insolvencia de éstos, si no que debería preverse un procedimiento específico y pormenorizado.

Además es necesario que se establezcan mecanismos *ex ante* para poder tratar la insolvencia como se hace en otros ordenamientos. Y también mecanismos de control *ex post* que supongan un control de ese “deudor rehabilitado”.

Así, debería establecerse una regulación detallada donde se establezcan mecanismos preventivos de la insolvencia, además sería pertinente optar en todo caso por un procedimiento negociado, y de forma subsidiaria establecer la intervención judicial.

También, como ya he señalado a lo largo de la exposición, no habría que vincular en ningún caso el sistema de exoneración a la clasificación de créditos prevista en sede concursal, por los diferentes problemas que plantea, debiendo establecer un listado taxativo sobre el tratamiento de los diferentes créditos.

¹⁴⁹ Confróntese con: Defensor del Pueblo: “Estudio sobre crisis económica e insolvencia personal: Actuaciones y propuestas del defensor del pueblo. Madrid.2013.

6.- Conclusiones:

- I- Teniendo en cuenta el escenario económico y social que viene atravesando España en los últimos años, se ha tornado evidente la necesidad de arbitrar una serie de medidas tendentes a fortalecer el sistema económico y a proteger el tejido empresarial. Ante estas circunstancias, y teniendo en cuenta que un amplísimo porcentaje de empresarios que entraban en concurso de acreedores terminaban liquidándose, el legislador ha optado por introducir y desarrollar en el ordenamiento jurídico una serie de mecanismos de carácter previo al concurso tratando de establecer una solución extrajudicial y negociada a la insolvencia del deudor.

En rasgos generales, frente al procedimiento concursal que es un procedimiento judicializado, imperativo y universal, las soluciones pre concursales, son pactos extrajudiciales donde la autonomía de la voluntad tiene un papel preponderante, y no son universales. En mi opinión, como he señalado a lo largo de la exposición, dada la poca efectividad que viene mostrando el procedimiento concursal, con el tiempo este se verá relegado a un procedimiento liquidatorio previsto para aquellos empresarios cuya situación económica sea tan compleja que resulte imposible su continuidad empresarial, dejando más espacio a las soluciones previas al concurso como mecanismos de remoción de la insolvencia.

- II- Los acuerdos de refinanciación no son otra cosa que un negocio jurídico bilateral o multilateral, un acuerdo entre deudor y acreedor o acreedores. Estos acuerdos tenderán a posibilitar al deudor superar la situación de insolvencia y a los acreedores hacer efectivos sus créditos frente al deudor. Los acuerdos de refinanciación se caracterizan por albergar una pluralidad de pactos tendentes todos ellos a una misma finalidad, con un contenido negocial derivado de la autonomía de la voluntad de las partes, pudiendo afectar a cualquier tipo de crédito. En cualquier caso, esta negociación deberá estar presidida por la buena fe, evitando así cualquier tipo de acto que pudiera frustrar el acuerdo.

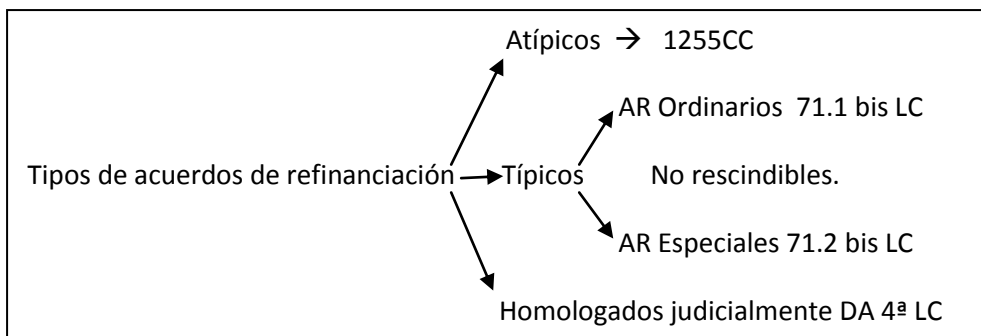
En cuanto a los diferentes tipos de acuerdos de refinanciación que la Ley prevé podemos diferenciar básicamente tres:

De un lado, los acuerdos atípicos: son aquellos que surgen de la autonomía de la voluntad de las partes sin ningún tipo de limitación o exigencia legal. Las partes

delimitarán su alcance y contenido. Esta ausencia de requisitos legales lleva aparejada la ausencia de mecanismos protectores. Esto supone que en caso de declararse el concurso, estos acuerdos corren el riesgo de ser rescindidos, esto es, que si el negocio jurídico se ha celebrado en los dos años anteriores a la declaración del concurso y supone un perjuicio injustificado para la masa activa o una alteración para la *par conditio creditorum* será declarado ineficaz.

De otro lado, se encuentran los acuerdos de refinanciación típicos (71 bis LC), dentro de este bloque podemos a su vez distinguir los acuerdos de refinanciación ordinarios y los especiales, los ordinarios, son aquellos a los que se refiere el apartado primero del artículo 71 bis LC en este caso la norma exige el cumplimiento de una serie de requisitos formales para su constitución, en caso de que esos requisitos concurren, se desplegará un “escudo protector” que impedirá ante una eventual declaración de concurso que se produzca la rescisión del acuerdo. Por su parte, los acuerdos especiales a los que se refiere el apartado segundo del artículo 71 bis LC son acuerdos para los que a pesar de no cumplir las exigencias previstas en el apartado primero se les extenderá la misma protección cuando concurren las circunstancias tasadas en la norma. En mi opinión, como señalé a lo largo del trabajo, los acuerdos a los que se refiere este artículo no tienen por qué ser *per se* rescindibles, sino que como en cualquier acuerdo de refinanciación debería valorarse si se produce un perjuicio patrimonial y si ese perjuicio carece de justificación, o bien, si se altera la *par conditio creditorum*. Por lo que en determinados casos, cuando el acuerdo no fuera rescindible, esta norma resulta una redundancia, así el legislador debería haber puntualizado que se extenderá la protección cuando esos acuerdos fueran rescindibles o también podría haber optado por flexibilizar algunos de los requisitos del apartado primero como el referente a las mayorías necesarias.

Por último, es necesario aludir a los acuerdos de refinanciación homologados, a los que se refiere la DA 4ª LC que señala que aquellos acuerdos que cumplan los requisitos previstos en la norma gozarán de una tutela específica, desplegando una serie de efectos relevantes que podrán incluso extenderse a los acreedores disidentes.



III- El artículo 5 LC prevé que en el caso de los acuerdos de refinanciación previstos en el 71.1 bis LC o en la DA 4ª LC, el deudor pondrá en conocimiento del juzgado competente para conocer del concurso el inicio de las negociaciones. En el caso del acuerdo extrajudicial de pagos, el encargado de comunicar al juzgado el inicio de las negociaciones deberá ser el notario o registrador encargado de designar al mediador concursal. Esta comunicación realizada en el plazo de dos meses desde que el deudor conociera o debiera conocer su insolvencia supondrá que no será exigible la solicitud por parte del deudor de la declaración de concurso voluntario e impedirá a los acreedores una vez transcurrido el plazo de dos meses que prevé el artículo 5 LC instar al concurso necesario. Además, de forma razonable, se prevé tanto para los acuerdos de refinanciación como para el acuerdo extrajudicial de pagos la no iniciación o en su caso suspensión de las ejecuciones singulares, quedando paralizadas (*automatic stay*) hasta que transcurran los plazos previstos. Esta previsión es lógica, pues trata de favorecer la viabilidad del acuerdo.

En el caso en que transcurrido el plazo de tres meses previsto para la negociación no se hubiera conseguido el acuerdo, en el plazo del mes hábil siguiente deberá solicitarse ante el juez competente la declaración de concurso.

Ciertamente puede resultar muy perjudicial para el concurso el hecho de alargar la situación de dificultad económica casi seis meses más desde que el deudor conoció o debió conocer la insolvencia, si bien, si atendemos a los plazos previstos por la norma, por ejemplo en el ámbito del acuerdo extrajudicial, nos daremos cuenta que en ocasiones el plazo otorgado para la realización de los trámites debidos es demasiado corto, por lo que me refrendo una vez más en mi postura de relegar el concurso a una mera situación liquidatoria una vez que se hayan intentado los acuerdos pre concursales, pues ciertamente resultará muy dificultoso que ese empresario pueda revertir esa situación en fase concursal.

Conoce o debe conocer la insolvencia → Comunicación del inicio de las negociaciones → Concurso

2 meses

+

3 meses

+

1 mes

IV- En cuanto a la homologación judicial, cabe señalar que se trata de un procedimiento judicial del que conoce el Juzgado de lo Mercantil y que va a producir unos efectos peculiares muy beneficiosos para el deudor. Para que la homologación judicial proceda, deberán concurrir los requisitos previstos para los acuerdos de refinanciación ordinarios del artículo 71.1 LC excepto el previsto para las mayorías necesarias, pues para que el acuerdo sea homologado requerirá al menos ser aprobado por el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero. El acuerdo homologado debe suponer una ampliación significativa del crédito disponible o una prórroga al plazo de vencimiento respondiendo en todo caso al plan de viabilidad que posibilite la continuidad en la actividad empresarial del deudor. Este tipo de acuerdos homologados, a diferencia de los acuerdos de refinanciación a los que se refiere el artículo 71 bis LC no podrán ser rescindidos ni siquiera a petición de la administración concursal, por lo que se les otorga un plus de protección. La extensión de efectos a los acreedores disidentes o no firmantes es el punto clave de este tipo de acuerdos pues se produce una superación del principio de relatividad de los contratos, afectando incluso a aquellos acreedores especialmente relacionados con el deudor o a aquellos que gocen de garantía real, superando también el criterio subjetivo que imperaba hasta que se promulgó el RDL 4/2014, quedando únicamente excluidos los acreedores de derecho público y los acreedores de pasivos comerciales.

En caso de que el acuerdo homologado judicialmente fracasara, cualquier acreedor podrá denunciar ante el juez el incumplimiento del mismo, quebrando el régimen de homologación a través de la correspondiente sentencia, y facultando a los acreedores a instar el concurso y a iniciar ejecuciones singulares.

V- Otra cuestión relevante a la que hay que hacer alusión es a la eventual responsabilidad de los acreedores ante el fracaso del acuerdo de refinanciación. Como regla general, cabe decir, que los acreedores no van a ser responsables por el fracaso del acuerdo, ya que junto al deudor son los principales interesados en la consecución del mismo para poder hacer efectivos sus créditos. Si bien, existen

determinadas excepciones que quiebran esta regla de no responsabilidad de los acreedores, pues cuando estos hubieran participado en la negociación de manera indebida agravando la situación de insolvencia deberán responder.

Es cierto que los acreedores, a priori, no tienen obligación alguna de negociar el acuerdo y mucho menos de aceptarlo, siendo esencial la importancia de la voluntad de las partes en la esfera pre concursal, si bien, será exigible un deber de comportamiento leal durante las negociaciones, esto es, que las partes deberán comportarse de buena fe, pudiendo surgir una obligación de indemnización cuando se produjera una ruptura injustificada de la negociación quebrando la confianza suscitada en la contraparte, y además, Ante la dificultad de determinar la indemnización debida, se prevén también sanciones en el marco concursal, siendo mucho más operativas, éstas consistirán en imputar al acreedor que no obró de buena fe la calificación de cómplice o la consideración de administrador de hecho con las consecuencias que ello acarrea.

VI- El acuerdo extrajudicial de pagos, introducido en la Ley Concursal a través de la Ley de Emprendedores 14/2013, es un mecanismo pre concursal que trata de dar solución a la insolvencia del deudor a través de un acuerdo con los acreedores, y se caracteriza por la intervención en el procedimiento de un mediador concursal.

Aquí es necesario poner de relieve que aunque en muchos aspectos el acuerdo extrajudicial de pagos se equipara a la mediación lo cierto es que en otros muchos se separa de ella sustancialmente, por lo que no podemos en ningún caso asimilarlo a un procedimiento de mediación. Y es que la finalidad del acuerdo extrajudicial no trata de resolver un conflicto entre las partes, si no buscar una solución negociada a la insolvencia por petición del deudor, esto pone de manifiesto que a diferencia de la mediación, en el acuerdo extrajudicial de pagos será unilateralmente el deudor quien solicite la activación de este mecanismo dejando la voluntad de los acreedores relegada a un segundo plano ya que deberán participar so pena de ver su crédito ante una eventual declaración de concurso clasificado como crédito subordinado.

El acuerdo extrajudicial de pagos también se separa de la mediación en cuanto a que es un procedimiento muy reglado y encorsetado, siendo una característica clave en la mediación la libertad de las partes para acordar cómo se va a desarrollar la negociación.

Además resulta especialmente llamativo que la mediación debe estar en todo caso presidida por un deber de confidencialidad, cuestión que se quiebra en el acuerdo extrajudicial de pagos pues en el caso de que el acuerdo fracasara el mediador concursal sería nombrado administrador, poniendo en entredicho esa confidencialidad.

Respecto al acuerdo extrajudicial, es imprescindible señalar que dadas las limitaciones que la ley impone para poder acogerse a este mecanismo, parece evidente que van únicamente dirigidos por sus características a pequeñas y medianas empresas, siendo los acuerdos de refinanciación un mecanismo mucho más adecuado para las grandes empresas.

También cabe señalar que la norma establece un listado taxativo de prohibiciones, impidiendo a algunos sujetos acceder a este mecanismo. Este precepto ha sido muy criticado por la doctrina pues resulta excesivo en alguno de sus puntos, posibilitando que ante la concurrencia de circunstancias más graves el deudor pueda activarlo.

Entre las limitaciones que el artículo 231 LC señala, es necesario poner de relieve que un deudor no podrá de manera simultánea negociar un acuerdo de refinanciación y un acuerdo extrajudicial de pagos. Tampoco podrá utilizar este mecanismo el deudor que en los tres años anteriores hubiera alcanzado otro acuerdo extrajudicial de pagos o un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, cuestión que carece absolutamente de sentido, pues es un lapso temporal muy amplio en el que por diferentes circunstancias el deudor puede requerir su utilización.

VII- En cuanto al nombramiento del mediador concursal, cabe señalar que será competente para ello el registrador mercantil cuando se trate de un empresario o entidad inscribible y en caso de que no lo fuera, la competencia recae sobre el notario del domicilio del deudor. El mediador concursal será designado a través del listado oficial de mediadores, suministrado por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación dependientes del Ministerio de Justicia, debiendo reunir los requisitos previstos en la Ley de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles y en la Ley Concursal, este procedimiento de designación ha sido criticado, pues ciertamente una vez más se aleja de la mediación donde las partes libremente designan al mediador, si bien, el problema no es ese, pues aunque fuera el notario o

el registrador quien lo designase, la cuestión está en que nombrarlo a través de un listado sucesivo o secuencial supone que ese mediador puede no ser el más adecuado para el caso particular, por lo que habría que atender a otro tipo de procedimiento más efectivo teniendo en cuenta que en gran medida el mediador concursal es la piedra angular para el éxito del acuerdo.

VIII- La aceptación del mediador concursal y la apertura del expediente sometida a la publicidad adecuada supondrá tal como establece el artículo 5 bis LC que una vez que se pone en conocimiento del juez el inicio de la negociaciones, los acreedores no podrán en el plazo de tres meses instar el concurso necesario, paralizando también las ejecuciones singulares que se hubieran iniciado o que fueran a iniciarse. Los acreedores con garantía real podrán decidir si ejecutarla o no, si bien, si decidiesen ejecutar la garantía quedarán excluidos de la participación en el acuerdo, por su parte aquellos que ostenten garantía personal podrán ejecutarla siempre que el crédito hubiera vencido.

La norma también prevé que durante la negociación el empresario podrá continuar realizando su actividad profesional, cuestión que resulta razonable, si bien, a continuación, de manera inexplicable, el legislador impone fuertes limitaciones a esa continuidad, para hacernos una idea de este sinsentido, el legislador impone al deudor la obligación de devolver incluso las tarjetas de crédito a la entidad bancaria correspondiente, o solicitar préstamos o créditos. Con estas cortapisas, difícilmente podrá el deudor continuar con su actividad.

El mediador Concursal, en los diez días siguientes a la aceptación del cargo deberá convocar a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor (y se entiende que comprobada y en su caso modificada por el mediador) a la reunión, esta se celebrará en los dos meses siguientes a la aceptación del mediador, a fin de alcanzar un acuerdo extrajudicial por las deudas que recayeran sobre el deudor en el momento de solicitar la designación de mediador concursal.

Cabe señalar también que los plazos, ante falta de previsión expresa y dada la necesidad de celeridad de los trámites en el acuerdo extrajudicial, se computarán de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 CC, es decir, desde el día siguiente a la

aceptación del cargo y tomando en cuenta los días inhábiles. Tampoco cabe prorroga ante la falta de previsión legal a este tenor.

IX- Además de la actuación del mediador concursal, la clave del éxito del acuerdo extrajudicial recae, en gran medida, en el plan de pagos elaborado y diseñado por el deudor, y remitido a los acreedores por el mediador. Esta propuesta deberá en todo caso adecuarse a una serie de condiciones que la norma prevé, pues las esperas o moratorias pactadas no podrán ser superiores a tres años y las quitas no podrán superar el veinticinco por ciento del importe de los créditos limitando así la voluntad de las partes (Llaman la atención estas restricciones tan fuertes en el ámbito del acuerdo extrajudicial de pagos, pues ni siquiera se prevén en esos términos para el caso del convenio al que se refiere el artículo 100 LC). Si la quita o la espera aún cumpliendo con los límites legales resultara desproporcionada no será admitida, introduciendo así un concepto indeterminado y laxo que produce inseguridad jurídica, por lo que habrá que atender a cada caso concreto y ver si una quita o espera menor hubiera sido suficiente. La propuesta podrá consistir también en una cesión de bienes en pago de deuda, si bien, estará limitada a aquellos bienes que no sean esenciales para la continuación de la actividad empresarial, pues en caso contrario, se frustraría el fin del acuerdo. Cabe señalar también que la norma no exige un tratamiento igualitario a todos los acreedores, pudiendo pactarse quitas y esperas de diferente intensidad, ahora bien, para que pueda resultar admitido, deberá ser justificado y proporcionado y contar con el consentimiento expreso de aquellos acreedores que van a soportar la carga o las condiciones menos favorables. Por último cabe apuntar que el plan de pagos irá acompañado de un plan de viabilidad y de un plan de continuidad de la actividad empresarial, a mi entender ambos instrumentos persiguen la misma finalidad, con la única diferencia de que el plan continuidad empresarial formará parte del plan de pagos y el plan de viabilidad será un documento *ad hoc*.

Este plan de pagos será remitido a los acreedores, quienes podrán en el plazo previsto solicitar modificaciones o presentar un plan alternativo. Si la mayoría de acreedores deciden apartarse del plan de pagos propuesto entonces no habrá posibilidad de acuerdo y procederá, ante el fracaso del mismo, la declaración de concurso.

Si por el contrario se celebra la reunión, en ella se negociará el plan de pagos definitivo que podrá ser aceptado o rechazado por los acreedores.

Para que el plan de pagos se entienda aprobado se requerirá el voto favorable del sesenta por ciento del pasivo afectado por el acuerdo. En caso de que el plan de pagos consistiera en una cesión de bienes la ley prevé una mayoría cualificada exigiendo el voto favorable del setenta y cinco por ciento del pasivo financiero que vaya a verse afectado por el acuerdo, con aprobación expresa de aquellos acreedores que tengan constituida a su favor garantía real sobre esos bienes. Una vez aprobado el plan de pagos deberá elevarse a escritura pública (que se remitirá en su caso al registro Mercantil cuando el trámite se hiciera ante el mismo, y al juzgado competente para conocer del concurso) desplegando una serie de efectos, pues no podrán iniciarse o continuar ejecuciones contra el deudor por las deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. También los créditos afectados responderán a la quita o espera pactada.

- X- En caso de que el acuerdo extrajudicial de pagos fracase bien, por no haber sido posible el acuerdo con los acreedores durante la negociación, bien por el incumplimiento del mismo o bien, por la anulación derivada de la impugnación del acuerdo, se declarará una modalidad específica de concurso que es el Concurso Consecutivo. Este tipo de concurso obvia la fase de convenio procediendo directamente a la liquidación resultando evidentemente un desincentivo a intentar un acuerdo extrajudicial.

El Concurso Consecutivo debe declararse de manera inmediata, en el caso de que el plan de pagos no fuera aceptado, esto en cierto modo vulnera los principios de contradicción y audiencia que deben imperar en el procedimiento, por lo que el legislador previsiblemente deberá dar plazos más adecuados. Para el caso del abandono de la negociación o del incumplimiento realmente no queda muy claro si debe tramitarse también de forma *express* o si hay que dar cabida a los principios señalados. Si el fracaso fuera fruto de la impugnación del acuerdo, se prevé que el juez en la misma sentencia de nulidad declare la apertura del concurso, si bien esto choca con la previsión de que el concurso deberá ser declarado a instancia de deudor, de los acreedores o del mediador concursal, en ningún caso la norma señala que el juez de oficio pueda declararlo. Todo este régimen normativo complejo y

caótico nos lleva a la conclusión de que previsiblemente será necesaria una nueva reforma que aclare y unifique la norma.

El Concurso Consecutivo, como he señalado, recoge una serie de especialidades, entre ellas el nombramiento del mediador concursal como administrador, rompiendo así el deber de confidencialidad imperante en cualquier procedimiento de mediación.

Otra de las particularidades más destacables de esta modalidad de concurso es que el cómputo de dos años para la rescisión concursal se contará desde que el deudor formula la solicitud al registrador o notario. Esta previsión trata de evitar que de manera fraudulenta el deudor solicite la activación del mecanismo extrajudicial a fin de que transcurran los plazos impidiendo que ciertos negocios jurídicos puedan ser rescindidos.

XI- Por último es imprescindible aludir a la especialidad más novedosa y relevante que prevé el Concurso Consecutivo, el *fresh start* o la remisión de deudas del empresario persona física, que lo que se hace es tutelar al empresario persona física limitando el principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1911 CC. Se trata de un régimen novedoso y con muchas carencias, que debe avanzar tomando como referencia modelos como el estadounidense.

Debiendo el legislador prever un mecanismo de exoneración también para el deudor persona física no empresario, pues a pesar de que gran parte de la doctrina entiende que el mecanismo previsto en el artículo 178 LC es aplicable a consumidores, en mi opinión, no es el régimen más adecuado, por lo que será necesaria una regulación específica. Además será necesario que se establezcan mecanismos *ex ante* y *ex post* para subsanar la insolvencia y rehabilitar al deudor en la sociedad. Tampoco es apropiada la vinculación que hace la norma entre la exoneración de deudas y la clasificación de créditos prevista para el concurso, pues como he señalado a lo largo de la exposición, no es adecuada, pudiendo llevar a situaciones no deseadas.

A la vista de todas estas deficiencias es sin duda, una medida que era necesaria, pero no se ha regulado de la mejor manera posible, por lo que deberá producirse un ulterior cambio normativo que desarrolle y depure todos estos aspectos.

7.- Bibliografía y materiales utilizados:

- AGÜERO ORTIZ, Alicia. “El mediador concursal como administrador extraconcursal”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2013. Sección varia.
- AZNAR GINER, Eduardo. *Refinanciación de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013.
- BELTRÁN, Emilio y GARCÍA-CRUCES. J. Antonio. *Acuerdos de refinanciación*. Enciclopedia de Derecho Concursal. Tomo I. Aranzadi. 2012.
- BROSETA ABOGADOS. “Preguntas y respuestas y newsletter sobre el Real Decreto 4/2014 por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”. Área bancaria y financiera de Broseta abogados. Valencia. 2014.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A. Belén. “El acuerdo extrajudicial de pagos”. LegalToday.com. 2013.
- CANDELARIO MACÍAS, M. Isabel. *La gestión de la empresa en crisis. Acuerdos de refinanciación*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014.
- CÁRDENAS SMITH, Carlos y NUÑEZ-LAGOS BURGUEIRA, Alberto. “Algunos comentarios a la ley de reforma concursal”. Área de Derecho Mercantil Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada. 2011.
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3211/documento/art27.pdf?id=3356>
- CARRASCO PERERA, Ángel. *Reformas concursales del RDL 4/2014 relativas al status de las garantías reales*. Gómez-Acebo & Pombo. 2014.
<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/reformas-concursales-del-rd-ley-4-2014-relativas-al-status-de-las-garantias-reales.pdf>
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. “La figura del mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos”. Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos (CEEJ). Santiago de Compostela. 2013. <http://www.cej.es/pdf/cuatro.pdf>
- CES: “Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley de Emprendedores y su internacionalización”. 2013.

- COLOMER I ESPINET, Albert. *“Los Bussiness angels, innovando en la cultura de financiación de empresas”*. 2009.
http://www.ipyme.org/Publicaciones/BUSINESSANGELS_CulturaFinanciacion.pdf
- CONCLUSIONES DE LA REUNIÓN DE LOS MAGISTRADOS DE LO MERCANTIL DE MADRID: *“los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales”*. Madrid. 11 de Octubre de 2013.
- CUENA CASAS, Matilde. *“No hay segunda oportunidad para el que menos tiene: exoneración de deudas y Proyecto de Ley de Emprendedores”*. El Notario del siglo XXI. Colegio Notarial de Madrid. Madrid. 2013.
- CUENA CASAS, Matilde. *“Conclusión del concurso de persona física y pasivo insatisfecho”*. Documentos de trabajo del departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Eprints Complutense. Madrid. 2013.
- CURTO POLO, M. Mercedes. *“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”*. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Serie dirigida por José Antonio García-Cruces. Bosch. Barcelona. 2013.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *“Estudio sobre crisis económica e insolvencia personal: Actuaciones y propuestas del defensor del pueblo”*. Madrid. 2013.
http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Crisis_economica_e_insolvencia_personal.pdf
- DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIA Y LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA. *“Cifras IPYME enero de 2014”*. Organismo dependiente del ministerio de industria energía y turismo. Madrid. 2014. www.ipyme.org
- DOMÈNECH SABADELL, Imma. *“Modificación de la Ley Concursal: acuerdo extrajudicial de pago y acuerdo de refinanciación”*. Eljurista.eu. 2014.
- ESTER RODRIGUEZ, Guillermina y AYMANÍ GARCÉS, Adriana. *“Novedades en materia concursal de la Ley 14/2013 de 27 de Septiembre de apoyo a emprendedores y su internacionalización”*. Pérez-Llorca abogados. Madrid. 2013.
- GARCÍA CRUCES, José Antonio: *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*. Bosch. Madrid. 2013.

- GARCÍA ESCOBAR, Gabriel A. *“El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum”*. Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia. Universidad de Almería.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón. *“Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual”*. Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Serie dirigida por José Antonio García-Cruces. Barcelona. Bosch. 2013.
- GARCÍA VILLARRUBIA, Manuel. *“¿Inmunidad de los acreedores financieros con garantía real frente a los acuerdos de refinanciación homologados?”*. El Derecho. Revista de Derecho Mercantil. ºn. 12. 2013.
- GUERRERO MARTÍN, Carlos. *“¿Qué es un acuerdo Stand still en una reestructuración de deuda empresarial?”*. El blog de Carlos Guerrero. 2012. carlosguerrero.es
- GUERRERO MARTÍN, Carlos. *“Propuesta para una futura ley sobre la insolvencia de las personas físicas y emprendedores”*. El blog de Carlos Guerrero. 2012. carlosguerrero.es
- GIL PECHARROMÁN, Xavier. *“Entra en vigor la nueva reforma concursal”*. Revista Iuris & Lex. El Economista. Marzo de 2014. Eleconomista.com
- GOLD ABOGADOS. *“Principales modificaciones introducidas por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de Marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial en la Ley Concursal”*. 2014. goldabogados.com
- GÓMEZ MARTÍN, Fernando, *“Convenio y liquidación concursal”*. Universidad de Deusto. Consulta online: <http://www.firmafgm.com/perch/resources/publications/ed-52-1.pdf>
- GÓMEZ POMAR, Fernando. *“Una nueva oportunidad perdida: la Ley de Emprendedores”*. INDRET: Revista para el análisis del derecho. 2013.
- GONZÁLEZ ASTURIANO. Antonio. *“El acuerdo extrajudicial de pagos”*. 2013. Estudioconcursal.com
- GUALDE CAPÓ, Patricia. *“El órgano de Administración Concursal”*. Artículos doctrinales: Derecho Mercantil. Noticias jurídicas. 2003.
- GUTIÉRREZ IBAÑEZ, David. *“Fresh start. Una segunda oportunidad”*. Diario Cinco Días. Enero 2014. Cincodias.com

- LARA GONZÁLEZ, Rafael. “preconcurso y fresh start del consumidor”. Legaltoday.com. 2012.
- LLORENTE SÁNCHEZ- ARJONA, Mercedes. “La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal”. Diario La Ley, Nº 8225, Sección Doctrina, 9 Ene. 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY grupo wolters kluwer.
- M. ROMERO CONSULTORES. “Medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (RDL 4/2014)”. Granada. 2014.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando. “Obstaculización de acuerdos de refinanciación y calificación culpable del concurso”. Análisis Gómez-Acebo & Pombo. 2014.
- <http://www.gomezacebopombo.com/index.php/es/conocimiento/analisis/item/1512-obstaculizaci%C3%B3n-de-acuerdos-de-refinanciaci%C3%B3n-y-calificaci%C3%B3n-culpable-del-concurso>
- MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando. “El Acuerdo Extrajudicial de Pagos en el Proyecto de Ley de emprendedores.” Gómez-Acebo & Pombo. nº.52.1. 2013. <http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/en/knowledge/legal-analysis/item/921-el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-en-el-proyecto-de-ley-de-emprendedores>
- MARTÍN MOLINA, Pedro. “Comentario al Real Decreto 4/2014: incidencias fiscales y contables”. Revista Iuris & Lex. El Economista. Marzo 2014.
- MARTINEZ RODRIGUEZ, Santiago: *Competitividad, innovación y empresas del alto crecimiento en España. Identificación de las necesidades de estudio*. Observatorio PYME. 2010: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/CompetitividadInnovacionEmpresasCrecimiento.pdf>
- NIETO DELGADO. Carlos. “Real Decreto Ley 4/2014 y refinanciaciones homologadas”. Revista Iuris & Lex. El Economista. Marzo 2014.
- NUÑEZ LAGOS, Alberto. “El convenio del concurso: contenido y procedimiento”. Publicaciones de actualidad jurídica Uría Menéndez. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1104/documento/03Alberto.pdf>
- PAVÓN NEIRA, Carlos. “Institutos preconcursales y refinanciación de deuda”. Bosch. Madrid. 2013.

- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo. *“El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal en la Ley de Emprendedores”*. Consejo General de la Abogacía Española. Noviembre de 2013.
- PÉREZ BENITEZ, J. José. *“Los acuerdos de refinanciación homologados y el riesgo de su rescisión”*. El Derecho. 2014. elderecho.com
- PULGAR EZQUERRA, Juana. *“Preconcurso y acuerdos de refinanciación”*. Adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de Octubre, de reforma de la Ley Concursal. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2012.
- PULGAR EZQUERRA, Juana. *“Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal” (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo)*. Diario La Ley, Nº 8271, Sección Doctrina, Editorial LA LEY. Marzo de 2014.
- PULGAR EZQUERRA, Juana. *“Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores.”* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Madrid. LA LEY grupo Wolters Kluwer. 2014.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, *“El concurso necesario”*. Portal Universidad Autónoma de Madrid. Consulta online: <http://portal.uam.es>
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *“Refinanciaciones de deuda y responsabilidad de la banca”*. Intervención en mesa redonda, celebrada el 20 de mayo de 2010 dentro de la jornada: Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: Balance y perspectivas de regulación. Departamento de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: *La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración*. Mjusticia.gob.es
- SEBASTIAN QUETGLAS, Rafael: *Homenaje al Profesor Iglesias Prada: “Efectos de la rescisión en la Ley Concursal”*. 2011. Uría Menéndez. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3189/documento/art05.pdf?id=3334>
- SENÉS MONTILLA, Carmen. *“El acuerdo extrajudicial de pagos. ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?”* Revista de derecho civil. Vol.I. n.1.2014.
- SOTILLO MARTÍ, Antonio. *“Segunda Oportunidad y derecho concursal”*. Seminario interdisciplinar. Valencia. 2013. <http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2013/concursal/ponenciasotillo.pdf>
- SWIEC TENENBAUM, Alberto. *“El plan de viabilidad en el concurso de acreedores”*. Fe d’erratas. 2013.

- URÍA MENÉNDEZ. “*Reforma de la Ley Concursal por la Ley de Emprendedores*”. Circular informativa. Octubre de 2013. http://www.uria.com/documentos/circulares/572/documento/4683/002_octubre2013_ESP.htm?id=4683
- YAÑEZ EVANGELISTA. Javier. “*Reintegración del acuerdo de refinanciación en el RD 4/2014*”. Revista Iuris & Lex. El Economista. Marzo 2014.
- YUSTE de AYALA, Guillermo. “*Homologación judicial de acuerdos de refinanciación y contratos de financiación sindicada*”. Revista Española de Capital Riesgo. nº.2/2013. 2013.

Jurisprudencia:

- Sentencia del Tribunal supremo de 26 de octubre de 2012. (*Roj: 629/2012*).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012. (*Roj: 723/2012*).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Octubre de 2011. (*Roj.2011/7400*).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1989 (*Roj. 1989/11334*)
- Caso GRUPO CELSA, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona de 28 de junio de 2013
- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 10 de abril de 2013. (*2013/81251*).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *C415/11 M. Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya*.